التضامن ، والتضامم ، والكفالة

فى

القانون المدني

التضامن لا يفترض وإنما يكون بإتفاق أو نص . أحكام التضامن الإيجابي والتضامن السلبي . مناط رجوع المدين المتضامن . الأصل أن لكل المدينين المتضامنين مصلحة فى الدين . متى يكون المحل قابلاً أو غير قابل للانقسام . سريان قواعد الكفالة فى علاقة المدنين بعضهم ببعض . الفوارق بين الكفالة والتضامن السلبي . عدم جواز طلب التضامن فى الاستئناف . الكفالة عمل مدنى . مناط الدفع بالتجريد . الكفيل المتضامن فى مركز المدين المتضامن . أحكام رجوع الكفيل . طبيعة دعوى الحلول.

المستشار
أنور العمروسى

المستشار
أمجد أنور العمروسى

الطبعة الأولى

٢٠٠٧

الناشر

دار العدالة

٨٥ ش محمد فريد ـ الدور الخامس ـ عابدين

ت : ٣٩٥٥٢٧١ ـ ٣٩١٦١٣٥

بسم الله الرحمن الرحيم

قال عليه الصلاة والسلام :

" اللهم أحسن عاقبتنا فى الأمور كلها ، وأجرنا من خزى الدنيا وعذاب الآخرة "

(صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم)

الإهداء

إلى أرواح الأساتذة الكبار الذين قاموا بوضع القانون المدنى القائم ، وعرضوه على البرلمان ، وشاركوا فى مناقشة مواده ، فصدر عام ١٩٤٨ ... ومضى شامخاً على السنين ... جامعاً مانعاً ... إلى اليوم .

أهدى البنات فيه مستقاة من ثمار جهود شراحه وتطبيقات قضاته ،

المستشار

أنور العمروسى

مقدمــة

الالتزامات من أهم القواعد العامة فى القانون المدنى وفى الالتزامات موضوعات كثيرة وتفريعات متعددة .

منهـا مصـادر الالتـزام ، وأحكام الالتـزام ، وأثار الالتـزام ، وانتقـال الالتزام ، وإثبات الالتزام ، وانقضاء الالتزام .

وبحـثنا - هذا - فى التضـامن ، يسـتقى مـقيتة من أحكام الالتـزام وأثاره بصـفة أصلية ، ومن باقى مـوضـوعات الالـتزام ، كلمـا اقـتـضى الحال ذلك .

فمصادر الالتزام التى نص عليها القانون المدنى ، خمسة ، هى :

العـقـد ، والإرادة المنفـردة ، والعمل غـيـر المشـروع ، والاثراء بلا سبب ، والقانون .

وقد أقـام عمـيد القـانون الدكتـور عبد الـرزاق أحمد السـنهورى هذا الترتيب للمصادر على أساس منطقى سليم .

وقد جـرت موضوعـات القسم الأول من القانون المدنى (الالتـزامات أو الحقوق الشـخصية) - كما يلى :

الكتاب الأول

الالتزامات بوجه عام

الباب الأول - مصادر الالتزام .

الباب الثانى - أثار الالتزام .

الباب الثالث - الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام .

الفصل الأول - الشرط والأجل .

الفصل الثانى - تعدد محل الالتزام .

الفصل الثالث - تعدد طرفى الالتزام .

الفرع الأول – التضامن .

الفرع الثانى – عدم القابلية للانقسام .

وقد قعدت التضامن ، موضع البحث ، ٢١ مادة هى المواد من ٢٧٩ حتى ٢٩١ من القانون المدنى . ويشمل شرحها أحكام التضامم .

أما القسم الثالث من البحث : الكفالة فقد وردت أحكامها ضمن الكتاب الثانى (العقودة المسماة) من القسم الأول من القانون المدنى ، وقد تضمنها الباب الخامس منه ، على النحو التالى :

الفصل الأول – أركان الكفالة .

الفصل الثانى – أثار الكفالة .

والكفالة عقد ضمان تابع ، محله التزام فهى تقع فى ٣٠ مادة ، المواد من ٧٧٢ حتى ٨٠١ من القانون المدنى .

ويمكن أن تكون الكفالة تضامنية .

ولهذه الروابط وغيرها ، فقد جمعناها فى بحثنا جنباً إلى جنب مع التضامن والتضامم ، حتى يكون وافياً .

المؤلـف
المستشار
أنور العمروسى
المحامى بالنقض والإدارية العليا

مدخل الى البحث

يتضمن هذا المدخل ايراد نصوص القانون المدنى فى موضوعات هذا البحث : التضامن (والتضامم) ، والكفالة ، معلقاً عليها برأى الفقه واحكام النقض .

وهى – فى جملتها – مستخرجة من كتابنا (التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل) الجزء الأول (فى الالتزامات) الذى صدرت طبعته الأولى عام ١٩٧٨ ، والجزء الثالث (فى العقود الواردة على العمل وعقود الغرر) ، الذى صدرت طبعته الأولى عام ١٩٨٠ .

فيخصص بكل قسم فصل بذاته .

الفصل الأول
فى التضامن والتضامم
فى القانون المدنى

١- التضامن

مادة ٢٧٩ - التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٢٦ ليبى و٢٧٩ سورى و٣١٥ عراقى و١٢ لبنانى و٢٤٨ سودانى و١٧٤ تونسى و ٣٤١ كويتى ، و ٤٣٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

الأعمال التحضيرية :

قد يكون مصدر التضامن السلبى أو الايجابى تعبيراً عن الإرادة : كتصرف ينعقد بإرادة منفردة أو عقد من العقود ، ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعيه لا يفترض ، وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصريح العبارة ، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمناً ، ولكن ينبغى أن تكون دلالة الاقتضاء ، فى مثل هذه الحالة ، واضحة لاخفاء فيها ، فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة وجب أن يؤول لنفى التضامن لا لإثباته .

هذا ، وقد يكون نص القانون مصدراً للتضامن السلبى . ومن ذلك مثلاً تقرير التضامن بمقتضى نص خاص فى المسئولية التقصيرية ، عند تعدد المسئولين عن الفعل الضار (١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٣ - ص٥١ .

رأى الفقه :

١- التضامن يكون تضامناً ايجابيًا أى تضامناً بين دائنين متعددين، وإما أن يكون تضامنًا سلبيًا أى تضامناً بين مدينين متعددين ، وفى الحالتين يكون هناك التزام واحد تعدد أحد طرفيه .

وللتضامن آثار خطيرة ، فهو ينطوى على خروج على القاعدة العامة التى تقضى بتعدد الالتزامات بقدر عدد الدائنين أو المدينين ، ولذلك نص المشرع على أن التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض (م٢٧٩ مدنى) ، ولا يقصد بذلك وجوب اشتراطه بعبارة صريحة ، فقد يكون الاتفاق على التضامن ضمنيًا يستخلص من الظروف ، غير أنه ينبغى فى هذه الحالة أن تكون وقائع الحال قاطعة فى الدلالة على هذا الاتفاق ، فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة فلا تضامن . على أن هذه القاعدة قاصرة على المسائل المدنية ، أما المسائل التجارية فالقاعدة فيها أن التضامن بين المدينين مفترض إلا إذا اتفق على استبعاده .

والضامن السلبى كثير الوقوع فى الحياة العملية لأنه يتمحص لمصلحة الدائن ، فبدلاً من أن يقتصر ماله من ضمان عام على أموال مدين واحد ، يترتب على اشتراط التضامن أن يشمل ذلك الضمان أموال مدينين متعددين فيكون له أن يطالب أياً منهم بأداء الدين كاملاً ، ويستطيع أن يلجأ إلى اجراءات التنفيذ القهرى فى مواجهة أى منهم ، فيضمن بذلك استيفاء دينه كاملاً ولو كان أحد المدينين أو بعضهم معسراً فباشتراط التضامن إذن يحصل الدائن على تأمين لحقه ، والتأمين هذه فى الحالة ليس تأميناً عينيًا ، فهو لا يتركز فى عين معينة بالذات ، وإنما هو تأمين شخصى قوامه تعدد أشخاص المسئولين عن تنفيذ الالتزام .

وللتأمين الشخصى صورة أخرى هى صورة الكفالة ، فإذا كفل شخص دين شخص آخر كان مسئولاً عن تنفيذ الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه . غير أن فارقاً جوهرياً بين التضامن والكفالة ، فالتزام كل من الدينين المتضامنين التزام أصلى ، فى حين أن التزام الكفيل التزام

تبعى احتياطى لالتزام المدين الأصلى ، ينقضى حتمًا بانقضاء التزام المدين ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة للكفيل ، ولا فرق فى هذا الحكم بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن (نقض جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ مجموعة المكتب الفنى السنة ٣ مدنى ص٩٦٩) .

إن اشتراط التضامن بين المدينين المتعددين يحقق للدائن تأمينًا لحقه ، لذلك ففى حالة تعدد المدينين ، قل أن يترك الدائن أمر تنظيم علاقته بهم إلى القاعدة العامة القاضية بانقسام الدين بقدر عدد المدينين ، فلا يفوته أن يشترط التضامن بينهم .

أما التضامن الايجابى فهو نادر فى العمل ، إذ من الميسور أن يوكل الدائنون أحدهم فى قبض الدين بدلاً من اشتراط التضامن ، وفى العمل يفضل الدائنون اتباع هذا الطريق .

والتضامن السلبى مصدران : الاتفاق ، ونص القانون (م٢٧٩ مدنى) ، ومن أمثلة التضامن بين المدينين بنص القانون ، ما قررته المواد ١٦٩ و٣/٦٩٢ و٦٥١ و١/٧٠٨ و٧١٢ مدنى [1] .

٢- عرف الشرع الاسلامى التضامن الايجابى فى بعض أنواع الشركة كشركة الأعمال وشركة المفاوضة فى الأموال أو فى الوجوه ، ففى المذاهب التى قبلت بصحة هذه الأنواع ، يجوز لكل من الشركاء أن يستوفى كامل الحق الذى يجب للشركة ، ويجوز للمدين أن يبرأ من الدين بدفعه لأحدهم .

والتضامن بين الدائنين ، لكل تضامن آخر ، لا يمكن أن يؤخذ بالاستنتاج لأنه مخالف للأصل الذى هو عدم التضامن ، فضلاً عما فيه من خطر على الدائنين بل يجب أن ينشأ هذا التضامن من عقد قانونى أو عن القانون أو عن ماهية العمل .

ولا بد من الملاحظة أن التضامن بين الدائنين لا يسرى على

---

(١) النظرية العامة للالتزام - ٢ - الدكتور اسماعيل غانم - ص٢١١ وما بعدها والوسيط - ٣ - الدكتور السنهورى ص٤٠١ وما بعدها ، وكتاب الوجيز ص١٠٠١ وما بعدها .

ورثتهم فى الديون القابلة للتجزئة ، مثاله لو توفى أحد الدائنين المتضامنين فإن الدين ينقسم بين ورثته .

وبالنسبة لعلاقة الدائنين بالمدين وضع القانون اللبنانى القاعدة : أن الدائن المتضامن لا يحق له أن يتصرف فى مجموع الدين ، بل يعد مفوضًا من قبل سائر الدائنين فى المحافظة على القسم الذى يتجاوز مبلغ حصته وفى استيفائه من المدينين (م١١ منه) ، فنتيجة التضامن الايجابى إذن هو تفويض أو نيابة متبادلة بين الدائنين تجيز لكل منهم استيفاء كامل الدين والمحافظة عليه فقط ، ولكن لا تجيز لهم التصرف فى مجموع الدين ، فالوكالة هذه ليست مطلقة ، بل مقيدة ومحصورة بالأعمال النافعة من دون الأعمال المضرة .

وقد فصل القانون اللبنانى تطبيق هذا المبدأ - خلافًا لسائر القوانين المدنية العربية التى اكتفت بوضع القواعد العامة فقط (١) .

٣- التضامن يكون بين الدائنين - وهو قليل الوقوع فى التعامل - أو بين المدينين وهو كثير الوقوع فى التعامل ، ولا يفترض التضامن بين الدائنين ولا بين المدينين ، بل لا يثبت ذلك إلا باتفاق بينهم أو بنص قانونى . والشريعة الإسلامية تعرف تضامن الدائنين فى شركة المفاوضة وفى شركة الأعمال (٢) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن ، ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو إلى اتفاق صريح أو ضمنى ، على قاضى الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف أفادته هذه العبارات والظروف (٣) .

٢- كفالة المدين وإن كانت تجوز بغير علمه ورغم معارضته ، إلا أن

---

(١) القانون المدنى اللبنانى للدكتور صبحى المحمصانى ص٢٤ .
(٢) القانون المدنى العراقى - للأستاذ منير القاضى - ص٦٥ .
(٣) نقض جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ص١٥٦٨ .

التزام الكفيل يظل بحسب الأصل تابعاً للالتزام الأصلي ، فلا يقوم إلا بقيامه ، ويكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع المتعلقة بالدين (١) .

مادة ٢٨٠ – إذا كان التضامن بين الدائنين ، جاز للمدين أن يوفي الدين لأي منهم إلا إذا مانع أحدهم في ذلك .

ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٦٧ ليبي و٢٨٠ سوري و٣١٦ عراقي و١١ لبناني و ٣٤٣ كويتي و ٤٣٧ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

الأعمال التحضيرية :

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٢٨٢ مدني .

رأي الفقه :

١- مقتضى المادة ٢/٢٨٠ مدني أنه إذا مات أحد الدائنين المتضامنين عن ورثة متعددين ، فإن الدين ينقسم عليهم كل بقدر نصيبه في الميراث، وذلك فيما يختص بالعلاقة بينهم وبين المدين ، وقد كان المدين يستطيع أن يوفي الدين كله لمورثهم قبل موته ، وكان المورث يستطيع أن يطالب المدين بالدين كله ، ولكن بعد موت المورث لا يستطيع المدين أن يفي لأحد الورثة من الدين كله إلا بنسبة نصيبه في الميراث ، ولا يستطيع هذا الوارث أن يطالب المدين بالوفاء إلا بنسبة هذا النصيب . هذا إذا كان الدين قابلاً للانقسام . أما إذا كان غير قابل له فإنه لا ينقسم على الورثة ، بل يجوز للمدين أن يوفي الدين كله لأي ورثة الدائن

---

(١) نقض جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٢ مدني ص١٤٨٢ .

المتضامن الذى مات ، كما يجوز لأى وارث أن يطالب المدين بكل الدين ، فإذا استوفى أحد الورثة الدين كله أعطى منه لكل دائن متضامن الحصة التى له فى الدين ثم أعطى لكل وارث نصيبه فى الارث من حصة المورث .

وكثيراً ما يشترط فى التضامن بين الدائنين أن يكون الدين قابلاً للانقسام ، توقياً من انقسامه على ورثة الدائنين وتسيراً على المدين أن يوفى الدين كله لأى من الدائنين المتضامنين ولأى من ورثة هؤلاء (١).

مادة ٢٨١ – يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين بالوفاء ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين .

ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٦٨ ليبى و٢٨١ سورى و٣١٧ عراقى و١٣ لبنانى و ٣٤٢ كويتى ، ٤٣٩ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

الأعمال التحضيرية :

يراجع – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٢٨٢ مدنى .

رأى الفقه :

١- كما يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى دائن متضامن ،

(١) الوسيط – ٣ – الدكتور السنهورى ص٢١٢ وما بعدها ، وكتابه الوجيز ص١٠٠٤ وما بعدها .

كذلك يجوز لكل دائن متضامن أن يطالب المدين بالدين كله (م٢٨١/١ مدنى) .

وعندما يطالب الدائن المتضامن المدين بكل الدين يجب عليه أن يراعى ما يلحق رابطته بالمدين من وصف يعدل من أثر الدين ، فإذا كانت هذه الرابطة معلقة على شرط واقف أو مقترنة بأجل ، وجب على الدائن الا يطالب المدين إلا عند تحقق الشرط وإلا عند حلول الأجل ، وقد تكون رابطة أحد الدائنين معلقة على شرط ، ورابطة مدين ثانٍ مقترنة بأجل ، ورابطة مدين ثالث منجزة ، فالأول لا يطالب بالدين إلا عند تحقق الشرط ، والثانى لا يطالب به إلا عند حلول الأجل ، والثالث أن يطالب به فوراً .

وإذا طالب أحد الدائنين المتضامنين المدين بالوفاء ، كان للمدين أن يدفع هذه المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بالدائن المطالب وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعًا ، وليس له أن يدفع المطالبة بأوجه الدفع الخاصة بغير الدائن المطالب من الدائنين (كالتدليس ، والاكراه ، والفسخ ، والمقاصة ، والابراء ، والتجديد ، والتقادم) (١) .

مادة ٢٨٢ – إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله .

ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه الاضرار بالدائنين الآخرين .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٦٩ ليبى و٢٨٢ سورى و٣١٨ عراقى و١٩ لبنانى و ٣٤٤ كويتى ، ٤٣٨ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

---

(١) الوسيط – ٣ – الدكتور السنهورى ص٢١٨ وما بعدها .

الأعمال التحضيرية :

لعل تعيين صلة الدائنين المتضامنين بالمدين أسبق ، يعرض من المسائل بصدد التضامن الايجابى . وقد عنيت المادتان ٤٠٤ و٤٠٥ ببيان حكم هذه الصلة بصدد الوفاء فحسب ، باعتباره أهم سبب من أسباب انقضاء الالتزامات . أما ما عداه من الأسباب ، أو ما عدا ذلك من آثار هذا التضامن فى صلة الدائنين بالمدين بعبارة أعم ، فسيشار عند تفصيل الأحكام الخاصة بالتضامن السلبى ، وهو أوفر حظاً من الأهمية فى نطاق العمل ، إلى تطبيقات تلك الأحكام فى نطاق التضامن الايجابى . ومع ذلك فمن المستطاع ، بادئ ذى بدء ، تقرير قاعدة عامة أفرغت فى المادة ٤٠٦ من المشروع فى العبارة الآتية : « إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برأت ذمة المدين قبله . ولا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه الاضرار بالدائنين الآخرين » .

أما فيما يتعلق بالوفاء ، فلكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يستأدى المدين كل الدين .ولهم ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء أمام القضاء ، ولا يجوز له إذا عمد أحدهم إلى مطالبته ، على هذا الوجه ، أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن او بالأوجه المشتركة بين الدائنين جميعًا ، أما أوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين (كالغش، أو الاكراه الصادر منهم) فيمتنع عليه الاحتجاج بها .

وقد يلحق رابطة بعض الدائنين المتضامنين بالمدين وصف يختلف عن الوصف الذى تتسم به رابطة البعض الآخر ، كأن يكون الدين معلقًا على شرط بالنسبة لفريق منهم ، ومضافًا إلى أجل بالنسبة للباقين . وفى هذه الحالة يتعين على كل منهم أن يعتد بالوصف اللاصق برابطته ، عند مطالبة المدين بالوفاء . وقد يطرأ مثل هذا الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فقد يرتضى بعض الدائنين مثلاً أن يولى المدين أجلاً للوفاء بالدين ، وفى هذه الحالة ، لا يجوز أن يحتج على الدائنين الآخرين بهذا الأجل ، ما لم يتضح نقيض ذلك من

مشارطة ترتيب الالتزام ، أو من طبيعة التعامل ، أو من نص في القانون (انظر المادة١٩ من التقنين اللبناني) .

وليس يقتصر الأمر على تخويل كل الدائنين المتضامنين حق اقتضاء الدين بأسره من المدين ، بل للمدين كذلك أن يبرئ ذمته بالوفاء لأيهم ، ما لم يقم احدهم بما يحول دون ذلك فإذا اتخذ أحد الدائنين قبل المدين اجراءات المطالبة ، تعين عليه أن يقوم بالوفاء ، لمن باشر هذه الاجراءات وغيره من الدائنين الذين أصبحوا طرفًا فيها . وصفوة القول أن الدائن المتضامن ، لا يكون من حقه أن يستأدى الدين بأسره فحسب ، بل ويكون من واجبه كذلك أن يقبل الوفاء به .

وتظل وحدة الدين مكفولة ما بقى الدائن المتضامن حيًا . فإذا مات انقسم الدين بين ورثته ، ما لم يكن غير قابل للانقسام . فلو فرض مثلاً أن ثلاثة من الدائنين تضامنوا في استيفاء دين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وتوفى أحدهم عن وارثين متكافئ الفرض ، فلا يجوز لأيهما ، أن يطالب المدين إلا بمبلغ ١٥٠جنيهاً (١) .

رأى الفقه :

١- الأصل أنه إذا كان كل دائن متضامن وكيلاً عن سائر الدائنين في استيفاء الدين ، إذ أن هذا الاستيفاء في مصلحتهم جميعًا ، فيرجعون على الدائن كل بحصته في الدين ، فإن بالنسبة إلى أسباب الانقضاء الأخرى لا يعتبر الدائن المتضامن وكيلاً عن سائر الدائنين ، بل يكون أصيلاً عن نفسه فحسب ، فإذا انقضى الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء غير الوفاء ، وقام هذا السبب بأحد الدائنين المتضامنين برئت ذمة المدين بالنسبة إلى سائر الدائنين من حصة هذا الدائن وحده ، وبقيت مشغولة بباقى الدين ، وذلك لأن أسباب الانقضاء الأخرى غير الوفاء لا تفيد سائر الدائنين كالوفاء فلا يجوز أن يضاروا بها .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جزء ٢ ص٥٧ ٨١ و٥٩ .

وإذا ارتكب أحد الدائنين خطأ قبل المدين فلا يتعدى أثره إلى الباقين وفي توجيه اليمين الحاسمة ، فإن كانت موجهة من المدين إلى أحد الدائنين وحلفها أفاد من حلفه الباقون ، وإذا نكل لم يضار الباقون ، وإن كانت موجهة من أحد الدائنين إلى المدين وحلفها الأخير لم يضار الدائنون الباقون ، وإن نكل عنها أفاد من نكوله الآخرون وإذا قضى لصالح المدين فلا يحتج به على سائر الدائنين (١).

مادة ٢٨٣ – كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين ، يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحاصون فيه.

وتكون القسمة بينهم بالتساوي إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية :

مادة ٢٧٠ ليبي و٢٨٤ سوري و٣١٩، ٣٢١ عراقي و٣٤٠ لبناني و٣٤٠ كويتي و ٤٤٠ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

الأعمال التحضيرية :

يعتبر الدين وحدة لا تقبل التجزئة في صلة الدائنين بالمدين ولكنه على نقيض ذلك ينقسم في صلة الدائنين بعضهم ببعض ويتفرع على ذلك أن كل ما يستوفى أحد الدائنين من الدين يصير من حق هؤلاء الدائنين جميعاً ، ويتخاصمون فيه بنسب أنصبائهم وفقاً لما اتفقوا عليه صراحة أو ضمناً . فإذا كان أحدهم هو صاحب المصلحة في الدين وحده ، وكان الباقون مجرد وكلاء سخروا في التقاضي بهذا الأمر ، استقل هذا الدائن وحده بالدين بأسره إن كان قد استوفاه ، وله أن يرجع به كله على من يستأديه من سائر الدائنين .

---

(١) الوسيط ٣ للدكتور السنهوري ص٢٢٦ وما بعدها كتابه : الوجيز ص٥٨٠ وما بعدها ، وأحكام الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصده – ص١٣٠ وما بعدها .

فإذا لم يكن ثمة اتفاق أو نص فى القانون بشأن القسمة ، اقتسم الدين سوية بين الدائنين . فلو فرض أن أحد دائنين ثلاثة استوفى كل الدين ، وكان مقداره ٣٠٠ جنيه ، تعين اقتسام المبلغ بينهم بالتساوى ، فيكون لكل من الدائنين الآخرين أن يرجع على الدائن الأول بمبلغ ١٠٠ جنيه . لو فرض أن هذا الدائن أعسر اعساراً جزئياً ، لا يتاح معه إلا أداء نصف ديونه ، تحمل الدائنان الآخران تبعة هذا الاعسار كل بنسبة نصف نصيبه وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذى أعسر ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنين المتضامنين إلا استيفاء نصف الدين أى مبلغ ١٥٠ جنيهاً فلا يكون لكل من الدائنين الآخرين فى هذه الحالة أن يستوفى إلا مبلغ ٥٠ جنيهًا وعلى هذا النحو يتحمل الدائنون الثلاثة تبعة هذا الاعسار كل بنسبة النصف من نصيبه .

وليس يبقى بعد ذلك سوى بيان الأساس الفقهى الذى يقوم عليه رجوع الدائنين المتضامنين فيما بينهم . وغنى عن البيان أن دعوى الحلول لا يتصور أن تتخذ أساسًا فى هذا الشأن . فالأمر ينحصر إذن فى الدعوى الشخصية وهى تؤسس على ما يكون بين هؤلاء الدائنين من علاقات سابقة قد يكون مصدرها وكالة أو فضالة (١) .

رأى الفقه :

١- إذا كان الدين لا ينقسم فى علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين ، بل يجوز لأى دائن استيفاء كل الدين من المدين ويجوز للمدين دفع الدين كله لأى دائن ، فإن الدين فى علاقة الدائنين بعضهم ببعض ينقسم ، وما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ، منقسماً بينهم لكل منهم حصته (م٢٨٣/١) .

وهذه القاعدة تسرى أياً كانت طريقة الدائن فى استيفاء الدين ، فيجوز أن يستوفيه رأساً من الدين كما يجوز أن يستوفيه من كفيل للمدين ، أو من محال عليه إذا حول المدين الدائن بحق للمدين على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جزء ٣ ص٦٠ و٦١ .

الغير وهذه هى حوالة الحق ، أو حوله بالدين على مدين آخر وهذه هى حوالة الدين .

وتسرى القاعدة أيضًا أيًا كان المقدار الذى استوفاه الدائن : كل الدين أو بعضه ، فإذا كان قد استوفى بعض الدين ، جاز لكل دائن آخر أن يرجع عليه رجوعًا جزئيًا بقدر حصته فى هذا البعض . أما إذا اتفق الدائن مع المدين على أن يفى له بحصته وحده فى الدين ، فالاتفاق يصح وتبرأ ذمة المدين بقدر هذه الحصة ، ويكون لأى دائن آخر أن يطالب المدين ببقية الدين بعد أن يستنزل حصة الدائن الذى استوفى حصته .

والأساس القانونى لرجوع كل دائن بحصته فى العلاقة التى قام التضامن على أساسها بين الدائنين المتضامنين ، فهم ولا شك شركاء فى مصلحة واحدة ، ومن ثم كان أساس الرجوع هو عقد الوكالة المدنى المستخلص من رابطة التضامن وإذا لم يمكن استخلاص وكالة ضمنية ، فإن قبض أحد الدائنين لجميع الدين إنما يكون أصالة فى حصته وفضالة فى حصص سائر الدائنين ، فيرجع هؤلاء على الدائن الذى استوفى الدين كل بقدر حصته على مقتضى قواعد الفضالة (١) .

٢- الأصل أن ما يحصله كل واحد من الدائنين يصبح مشتركًا بينه وبين الدائنين الآخرين يقتسمونه حصصًا متساوية إلا إذا وجد نص أو اتفاق يقضى بتقسيم آخر .

ويشمل هذا الأصل ما يحصل بالاستيفاء أم بالصلح أم بأية صورة أخرى ، وإذا حصل أحد الدائنين على كفالة أو حوالة لحصته ، فيحق للدائنين الآخرين الاشتراك فيما يوفيه الكفيل أو المحال عليه ، إلا إذا استنتج العكس من القانون أو العقد أو ماهية القضية . وإذا لم يتمكن الدائن المتضامن بعد الاستيفاء من تقديم المال المقبوض لسبب يعزى

---

(١) الوسيط – ٣ – للدكتور السنهورى ص٢٣٠ وما بعدها ، وكتابه : الوجيز ص١٠١١ وما بعدها .

إلى خطئه ، كان مسئولاً تجاه الدائنين الآخرين على قدر نصيبهم (١) .

مادة ٢٨٤ - إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاء أحدهم مبرئ لذمة الباقين .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

المادة ٢٧١ ليبى و٢٨٤ سورى و٣٢٢ عراقى و٢٩ لبنانى و١/٣٤٧ كويتى و٢٥٠ سودانى و١٧٩ تونسى و ٤٥١ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

الأعمال التحضيرية :

ينظر - لاحقًا - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٢٨٥ مدنى .

رأى الفقه :

١-إذا وفى أحد المدينين بالدين كله انقضى الدين بالنسبة لسائرهم، فلا يستطيع الدائن أن يعود إلى مطالبة الباقين ، وكذلك الحال إذا قبل الدائن وفاء جزئيًا من أحد المدينين ، فلا يجوز له أن يطالب المدينين الآخرين إلا فى حدود ما تبقى من الدين ، فمقدار الدين لا يزيد بتعدد المدينين ، فليس للدائن عدة حقوق إذا استوفى أحدها كان له أن يطالب بالآخر ، وإنما هو حق واحد ، ويقتصر أثر تعدد المدينين المتضامنين على تخويل الدائن سلطة استيفاء كل الدين من أى مدين ، على ألا يستوفى أكثر من الدين الثابت له ، وهذا حكم بديهى نصت عليه المادة ٢٨٤ مدنى بقولها إن : « ... وفاء أحدهم (أى أحد المدينين) بالدين مبرئ لذمة الباقين » ، وإنما يكون الرجوع للمدين الذى وفى بما يزيد على نصيبه يستوفى القدر الزائد من باقى المدينين كل بقدر حصته فى الدين (٢) .

---

(١) القانون المدنى اللبنانى - الدكتور صبحى المحمصانى ص٣٠ .

(٢) النظرية العامة للالتزام - للدكتور اسماعيل غانم - ص٣١٩ ، والوسيط ٣ للدكتور السنهورى ص٢٩٨ وما بعدها ، وكتابه الوجيز ص١٠٣٢ وما بعدها.

مـادة ٢٨٥ – يجـوز للدائن مطالبـة المدينين المتـضـامنين بالدين مـجتمـعين أو منفردين ، ويراعى فى ذلك مـا يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين .

ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخـاصـة بـغـيـره من المدينين ، ولكن يجـوز له أن يحـتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعًا.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٧٢ ليبى و٢٨٥ سورى و٣٢١ عراقى ، ٢٣ و٢٥ : ٢٨ لبنانى و٣٤٦ كويتى و٢٤٩ سودانى و ٤٥٢ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

الأعمال التحضيرية :

للدائن فى التضامن السلبى أن يطالب كلاً من المدينين المتضامنين بالدين بأسره ، كما هو الشأن فى التضامن الايجابى ، وله أن يطالب هؤلاء المدينين بالوفاء أمام القضاء ، مجتمعين أو منفردين ، ولا يجوز لمن يطالب بالوفاء منهم ، على هذا الوجه أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة بشخصه (كالغلط أو الاكراه اللذين شابا رضاءه) والأوجه المشتركة بين المدينين جميعًا (كما إذا كان الالتزام باطلاً لعدم مشروعية السبب ، أو كما إذا كان قد إنقضى بالوفاء) . أما الدفوع الخاصة بغيره من المدينين (كالغلط أو الغش أو الاكراه الذى شاب رضاء هؤلاء دون أن يؤثر فى رضائه) فيمتنع عليه الاحتجاج بها . وقد تلحق روابط المدينين المتضامنين بالدائن أوصاف مختلفة ، كما يقع ذلك فى التضامن الايجابى ، وفى هذه الحالة ، يتعين على الدائن أن يعتد بكل وصف من هذه الأوصاف عند المطالبة .

ويناط تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلبى والايجابى ، على حد سواء ، بفكرتين استنبطهما الفقه : هما فكرة وحدة الدين ، وفكرة تعدد الروابط .

فلكل مدين متضامن أن يوفى الدين بأسره ، ويكون وفاؤه هذا مبرئًا لذمة الباقين . على هذا النحو لا يكون من حق الدائن أن يطالب بالوفاء كل الدين فحسب ، بل ويكون من واجبه كذلك أن يقبل أداءه ، وقد تقدمت الاشارة إلى نظير هذا الحكم فى التضامن الايجابى .

ويترتب على موت المدين المتضامن انقسام الدين بين ورثته ، ما لم يكن غير قابل للانقسام . فلو فرض أن مدينين ثلاثة التزموا على وجه التضامن بدين مقداره ٣٠٠ جنيه وتوفى أحدهم عن وارثين متكافئى الفرص ، فليس للدائن أن يطالب كلاً منهما إلا بمبلغ ١٥٠ جنيهاً ، وهذا الحكم لا يتبع فى الشريعة الإسلامية إذ هى لا تبيح انتقال الدين من طريق الميراث (١) .

رأى الفقه :

١- يجوز للدائن أن يطالب أى مدين منفرداً بكل الدين ، كما يجوز له أن يطالب المدينين مجتمعين (م٢/٢٨٥ مدنى) ، وللدائن مطلق الحرية فى اختيار من يوجه إليه المطالبة منهم ، وله إذا طالب أحدهم منفرداً فلم يصل إلى استيفاء حقه كاملاً بسبب اعساره أن يعود فيطالب أيًا من المدينين الآخرين بباقى الدين ، وليس لمن طولب من المدينين منفرداً بالدين كله أن يطلب ادخال المدينين الآخرين بغية استصدار الحكم بالدين منقسمًا عليهم ، بل كل ما له هو أن يدخل المدينين الآخرين على أساس أن له الرجوع عليهم بما قد يؤديه الدائن زائداً عن نصيبه فى الدين ، حتى إذا ما حكم عليه بكل الدين حكم له على كل من الآخرين بقدر حصته (٢) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعى عليهما بالتضامن ، فإن كلاً منهما يكون مستقلاً عن الآخر فى الخصومة وفى مسلكه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جزء ٣ ص٦٥ ، ٦٦ .

(٢) النظرية العامة للالتزام - ٢ للدكتور اسماعيل غانم - ص٣١٥ ، والوسيط ٣ للدكتور السنهورى ص٣٠٧ .

فيها والطعن على ما يصدر فيها من أحكام ولا مجال فى هذا الوضع للقول بنيابة المسئولين بالتزام تضامنى عن بعضهم البعض فى اجراءات الخصومة واعتبار الاستئناف المرفوع من أحدهما بمثابة استئناف مرفوع من الآخر (١) .

٢- متى تنازل المدعى أمام محكمة أول درجة عن طلب التضامن فإنه لا يملك العودة إلى طلب التضامن فى الاستئناف (٢) .

٣- إذا شابت رابطة أحد المدينين المتضامنين بالدائن عيوب خاصة بها مع بقاء الروابط الأخرى التى تربط هذا الدائن بالمدينين الآخرين سليمة فإن عيوب رابطة منها لا تتعداها إلى رابطة أخرى ، وإذا زال الالتزام بالنسبة للمدين الذى اعترى رابطته الفساد ، فإن زوال هذا الالتزام لا يمس التزام المدينين الآخرين فيظل كل واحد منهم ملتزماً قبل الدائن بالدين بأسره ، ويكون للمدين الذى تعيبت رابطته وحده الحق فى التمسك بالعيب الذى شاب رابطته ، ولا يكون له أن يطالب باستنزال حصة المدين الذى تعيبت رابطته فهذه الحصة لا تستنزل مادام العيب قاصراً على رابطة دون غيرها (٣) .

مادة ٢٨٦ – يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينيين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٧٣ ليبى و٢٨٦ سورى و٣٢٣ عراقى و٣١ لبنانى و٣٤٨ كويتى و٢٥١ سودانى .

---

(١) نقض جلسة ١٩٥٨/١/٢٣ مجموعة المكتب الفنى السنة ٩ مدنى ص١١١ .
(٢) نقض جلسة ١٩٦١/٤/٦ المرجع السابق السنة ١٢ ص٣٥٣ .
(٣) نقض جلسة ١٩٦١/٣/١٦ المرجع السابق ص٢٣٤ .

الأعمال التحضيرية :

يترتب على اتفاق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين أو استبداله ، انقضاء الالتزام القديم وبراءة ذمة باقى المدينين منه ، ما لم يرتضى هؤلاء الارتباط بالتعهد الجديد . فإذا لم يرتضوا ذلك وكان الدائن قد اشترط رضاءهم ، فلا ينعقد التجديد ، ويظل الالتزام القديم قائماً (انظر فى هذا المعنى المادة ١٨١/١٧١ من التقنينين التونسى والمراكشى ، والمادة ٣١ من التقنين اللبنانى ، والمادة ١٣٧ من المشروع الفرنسى الايطالى) .

ويختلف الحكم بعض الاختلاف فيما يتعلق بالتضامن الايجابى ، فالتجديد الذى ينعقد بين دائن من الدائنين المتضامنين والمدين لا يبرئ هذا المدين قبل باقى الدائنين ، ولكنه يستتبع انقضاء الدين القديم بالنسبة لذاك الدائن وحده ، أما الدائنون الذين لم يكونوا طرفًا فى التجديد فيظل الدين القديم قائمًا بالنسبة لهم ، ويكون لكل منهم أن يطالب بهذا الدين ، بعد استنزال حصة الدائن الذى ارتضى هذا التجديد (أنظر المادة ١٥٥ من المشروع الفرنسى الايطالى)[١] .

رأى الفقه :

١- إذا اتفق الدائن مع أحد المدينين على تجديد الالتزام ، والتجديد يقضى الالتزام بانشاء التزام جديد يقوم مقامه ، ترتب على هذا الاتفاق براءة ذمة باقى المدينين من الالتزام التضامنى ، ولا يلتزمون بالالتزام الجديد ، فلا يلتزم به إلا المدين الذى اتفق مع الدائن على التجديد ، إذ ليس لهذا المدين صفة فى أن يحملهم بالتزام جديد ، فيتحمله وحده : على أن يكون له الرجوع على الباقين بقدر حصته فى الدين الذى انقضى بالتجديد .

ويعنينا هنا أن التجديد هو قضاء للالتزام بما يعادل الوفاء ، يترتب عليه ما يترتب على الوفاء من أحد المدينين: براءة ذمة الباقين قبل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ٣ ص٦٨ .

الدائن . على أن ذلك مشروط بألا يكون الدائن قد احتفظ بحقه قبلهم ، بأن اشترط الدائن لتمام التجديد أن يرتضى المدينون الآخرون الارتباط بالالتزام الجديد ، فإذا أبو ذلك ظل الالتزام قائمًا لا تبرأ ذمتهم منه ، وقد نصت على ذلك المادة ٢٨٦ مدنى (١) .

مادة ٢٨٧ – لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٧٤ ليبى و٢٧٨ سورى و٣٢٤ عراقى و٣٧ لبنانى و٣٤٩ كويتى و٢٥٢ سودانى .

الأعمال التحضيرية :

تبرأ ذمة من يوفق من المدينين المتضامنين إلى الاحتجاج بالمقاصة على الدائن ويكون له أن يرجع على باقى المدينين كل بقدر حصته ، ولكن إذا عمد الدائن إلى مطالبة هؤلاء المدينين ، فله أن يقتضى كلاً منهم جملة الدين ، بعد استنزال حصة المدين الذى وقع القصاص معه (أنظر ما بين المادتين ٢١٠/٢٦٥ و١١٣/١٦٩ من التقنين الحالى من تناقض ملحوظ) .

وتسرى القاعدة نفسها على التضامن الايجابى ، فليس للمدين أن يحتج على أحد الدائنين المتضامنين بالمقاصة التى تقع بينه وبين دائن آخر ، إلا بقدر حصة هذا الدائن (المادة ١٥٢ من المشروع الفرنسى الايطالى) . وليس لمن انقضى دينه من الدائنين المتضامنين ، بطريق

---

(١) النظرية العامة للالتزام – ٢– للدكتور اسماعيل غانم ص٣١٩ و٣٢٠ ، الوسيط – ٣ – للدكتور السنهورى ص٣١٠ وما بعدها ، والقانون المدنى اللبنانى للدكتور صبحى المحمصانى ص٣٩ .

المقاصة أن يرجع على المدين ، وللدائنين الآخرين أن يرجعوا على هذا الدائن كل بقدر حصته (١).

رأى الفقه :

١- المفروض بحسب نص المادة ٢٨٧ مدني أن مقاصة قانونية وقعت بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين فى الالتزام التضامنى ، فإذا رجع الدائن على المدين الذى وقعت معه المقاصة ، تمسك هذا بانقضاء الدين قصاصاً ، فيعتبر الدين منقضياً ، لا بالنسبة إلى هذا المدين وحده ، بل بالنسبة إليه وإلى المدينين الآخرين مادام الدائن قد طالب المدين الأول ، ويكون لهذا المدين أن يرجع على شريكيه فى الدين ، لأنه يكون فى حكم من وفى الدين ، وقد وفاه فعلاً بطريق المقاصة فله حق الرجوع أما إذا اختار الدائن أن يطالب بالدين أحد المدينين الآخرين فليس للمدين المطالب أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت مع المدين الأول إلا بقدر حصة هذا المدين وعليه أن يوفى الدائن بالباقى ثم يرجع على المدين الثالث بحصته فى الدين ولا يرجع على المدين الأول بشئ لأنه لم يدفع شيئاً لحسابه ، فيكون المدين الثانى فى نهاية الأمر قد تحمل حصته فى الدين ، وكذلك المدين الثالث قد تحمل حصته فى الدين يرجع المدين الثانى بحصته ويفى المدين الأول الذى وقعت معه المقاصة (٢).

مادة ٢٨٨ – إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين ، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٧٥ الليبى و٢٨٨ سورى و٣٣٥ عراقى و٢٣٢ البنانى و٣٥٠ الكويتى و٤٥٣ السودانى.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ٣ - ص ٦٩.

(٢) الوسيط ٣ - للدكتور السنهورى - ص٣٦٣ وما بعدها ، وكتابه الوجيز ص١٢٢٥ وما بعدها.

الأعمال التحضيرية :

يواجه هذا النص حكم اتحاد الذمة بين الدائن أحد مدينيه المتضامنين ، ويتحقق ذلك إما من طريق خلافة الثانى للأول ، وإما من طريق خلافة الأول للثانى . وفى كلتا الحالتين لا ينقضى الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه ، بيد أن للمدين فى الحالة الأولى ، عندما يقوم به صفة الخلافة عن الدائن ، أن يرجع على باقى المدينين بصفتين : له أن يرجع على كل منهم بقدر حصته ، بوصفه مديناً من بينهم ، وله كذلك أن يرجع على كل منهم بجملة الدين ، بعد استنزال حصته بوصفه دائناً لهم (إذ المفروض أنه قد أصبح خلفًا لهذا الدائن) . أما فى الحالة الثانية ، حيث تقوم بالدائن صفة الخلافة عن المدين ، فيستبقى الدائن حقه فى الرجوع على كل من المدينين المتضامنين بجملة الدين ، بعد استنزال حصة هذا المدين . ويراعى أن هذه الحالة الثانية لا تتحقق فى ظل أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث يظل الدائن بعد موت مورثه المدين حق الرجوع بالدين كاملاً على التركة ، وعلى كل من المدينين الآخرين .

وكذلك يكون الحكم فى حالة التضامن الايجابى ، فلا يترتب على اتحاد الذمة بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين انقضاء الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن (أنظر المادة ٦٤ فقرة ٢ من التقنين اللبنانى ، والمادة ١٥٣ من المشروع الفرنسى الايطالى والمادة ٤٢٩ فقرة ٢ من التقنين الألمانى) فمإذا خلف الدائن المدين فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه ، إما بوصفه دائناً قد استوفى الدين من طريق اتحاد الذمة (وفى هذه الصورة لا يكون لمن يستعمل حق الرجوع إلا المطالبة بحصته) وإما بوصفه وارثاً للمدين (وفى هذه الصورة يكون لمن يستعمل حق الرجوع أن يطالب بجملة الدين ، بعد استنزال حصة الدائن الذى خلف المدين) وإن خلف المدين الدائن ، فلكل من الدائنين الآخرين أن يرجع عليه بجملة الدين . بعد استنزال حصة هذا الدائن . ويراعى أن الصورة الأولى يمتنع تحققها فى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، فإذا توفى المدين وورثه دائن من الدائنين المتضامنين ، فيظل لهذا الدائن حقه فى

الرجوع بجملة الدين على التركة ، شأنه فى ذلك شأن أى دائن آخر (١).

رأى الفقه :

١ - يتحقق اتحاد الذمة إذا توفى الدائن فورثة أحد المدينين ، أو توفى أحد المدينين فورثة الدائن ، وفى كلتا الحالتين لا ينقضى الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه ، فيكون للمدين الذى ورث الدائن فى الحالة الأولى وللدائن الذى ورث المدين فى الحالة الثانية أن يرجع على أى من المدينين الآخرين بكل ما يتبقى بعد استنزال تلك الحصة منه ، على أن انتقال الدين إلى الوارث لا يعنى فى كافة الأحوال وجوب استنزال حصة المدين المتوفى بأكملها عند رجوع الدائن الوارث على المدينين الآخرين ، فذلك لا يكون إلا إذا كانت التركة موسرة ، ذلك أن القاعدة أن الوارث لا يسأل عن ديون المورث إلا فى حدود ما تركه من أموال ، فإن كانت التركة معسرة فلن يتحقق اتحاد الذمة إلا فى هذه الحدود (٢) .

مادة ٢٨٩ - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقى ، إلا إذا صرح الدائن بذلك .

فإذا لم يصدر منه هذا التصريح ، لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكامل الدين . وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الابراء لصالحه بحصته فى الدين .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٧٦ ليبى و٢٨٩ سورى و٣٢٦ عراقى و٣٢ لبنانى و٣٥١ كويتى و٢٥٤ سودانى .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - ٣ - ص٧٢ .

(٢) النظرية العامة للالتزام - ٢ - للدكتور اسماعيل غانم - ص٣٢٤ وقارن الوسيط - ٣ - للدكتور السنهورى ص٣١٧ وما بعدها .

الأعمال التحضيرية :

يراجع – لاحقًا – التعليق بالأعمال التحضيرية الوادر على نص المادة ٢٩١ مدنى .

رأى الفقه :

١- إذا برأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين ذاته انقضى الالتزام بالنسبة لهذا المدين فى علاقته بالدائن ، فلا يجوز للدائن أن يطالبه به . أما المدينون الآخرون فالقاعدة أن لهم التمسك بهذا الابراء بقدر حصة المدين المبرأ ، فتكون للدائن أن يطالب باقى المدينين المتضامنين بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه ، ويقتصر حقه فى الرجوع عليهم على هذه الحدود فحسب . وهذه القاعدة فى شقيها ليست سوى قاعدة مكملة لإرادة الدائن ، فمادام أن الدائن قد اقتصر على ابراء أحد المدينين المتضامنين دون أن يصرح بما انصرفت إليه ارادته بالنسبة لباقى المدينين ، فمن المعقول أن يفهم من ذلك أنه لا يريد ابراء ذمتهم إلا بقدر حصة المدين الذى صدر الابراء لصالحه . ولكن للدائن أن يصرح بأنه قد أراد ابراء سائر المدينين ، وفى هذه الحالة يكون الابراء سببًا لانقضاء الالتزام فى جملته ، كما أن للدائن أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على باقى المدينين بكل الدين ، فلا يجوز لهم فى هذه الحالة التمسك بالابراء ولا بقدر حصة المدين الذى ابراءه الدائن بل يتعين عليهم الوفاء بالدين كاملاً ، ويكون لمن يقوم بالوفاء منهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الابراء لصالحه بحصته فى الدين ، وفى هذه الحالة الأخيرة تقتصر الفائدة التى تعود على المدين من الابراء على امتناع مطالبة الدائن له ، فلا يعفى من دفع حصته ولو أنه لا يوفى بها للدائن وإنما للمدين الآخر الذى أوفى بكامل الدين (١) .

مادة ٢٩٠– إذا أبرأ أحد المدينين المتضامنين من التضامن بقى حقه فى الرجوع على الباقى بكل الدين ما لم يتفق على غير ذلك.

---

(١) النظرية العامة للالتزام – ٢ – للدكتور اسماعيل غانم ص٣٢٥ .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٧٧ ليبى و٢٩٠ سورى و٣٢٧ عراقى و٣٣ لبنانى و٣٥٢ كويتى و٢٥٥ سودانى و ٤٥٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

الأعمال التحضيرية :

يراجع – لاحقًا – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٢٩١ مدنى .

رأى الفقه :

وقد يكون الابراء من التضامن فحسب ، ويختلف هذا الابراء من الدين فى أنه ليس سببًا لانقضاء الدين كله أو بعضه بل يقتصر أثره على محو التضامن ، فإن كان الدائن قد أبرأ المدينين جميعًا من التضامن ، فإن الدين ينقسم عليهم فتتعدد الالتزامات بقدر عددهم ولا يكون للدائن أن يطالب أيًا منهم إلا بقدر حصته . أما إذا اقتصر الدائن على ابراء أحد المدينين المتضامنين من التضامن فلا يمحى التضامن إلا بالنسبة لهذا الدين ، فلا يجوز للدائن أن يطالبه إلا بقدر حصته فحسب . أما بالنسبة لباقى المدينين فللدائن الرجوع على أى منهم بكل الدين إلا إذا انصرفت إرادة الدائن إلى ابراء ذمتهم من حصة المدين الذى صدر الابراء لصالحه (١) .

مادة ٢٩١ – فى جميع الأحوال التى يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين ، سواء أكان الابراء من الدين أم من الضامن ، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقًا للمادة ٢٩٨ .

على أنه إذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن

---

(١) النظرية العامة للالتزام – ٢ – للدكتور اسماعيل غانم – ص٢٩٦ .

الدين ، فإن الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا الدين فى حصة المعسر .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٧٨ ليبى و٢٩١ سورى و٣٢٨ عراقى و٤٢ لبنانى و٣٥٣ كويتى و٢٥٦ سودانى .

الأعمال التحضيرية :

إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، استتبع ذلك براءة ذمته من الدين ، أما الباقون فلا تبرأ ذمتهم إلا إذا أعلن الدائن ذلك ، فإن لم يفعل ، بقى كل منهم ملزماً بأداء الدين بأسره ، بعد استنزال حصة من أبرئ بيد أن للدائن أن يرجع ، رغم ذلك ، على كل من المدينين المتضامنين بكل الدين إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق ، ويكون لمن يقوم بالوفاء من هؤلاء المدينين ، فى هذه الحالة ، حق الرجوع على من أبرئ بحصته فى الدين .

ويستخلص مما تقدم أن ثمة قرينتين : (أ) الأولى قرينة انصراف إرادة الدائن إلى عدم ابراء سائر المدينين ، ما لم يعلن خلاف ذلك (ب) والثانية قرينة انصراف إرادة الدائن إلى ابراء ذمتهم من حصة المدين الذى صدر الابراء لصالحه ، ما لم يحتفظ لنفسه بحق الرجوع بجملة الدين .

أما إذا اقتصر الدائن على ابراء أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، فلا ينهض هذا الابراء قرينة على أن نيته قد انصرفت إلى ابراء ذمة الباقين من حصة من أبرئ . وعلى ذلك يكون للدائن أن يرجع على كل من هؤلاء المدينين بجملة الدين ، ما لم يرجع أنه أبرأ ذمتهم من حصة من صدر الابراء لصالحه . ولا يجوز له فى أى حال أن يرجع على من أبرئ من التضامن إلا بقدر حصته فى الدين .

وقد تكفلت المادة ١٢١١ من التقنين الفرنسى (وهى التى نقل عنها

نص المادة ١٤٢ من المشروع الفرنسى الايطالى) باقامة قرينتين يستخلص منهما الدليل على الابراء من التضامن . فيعتبر الدائن ، وفقاً لأحكام هذه المادة ، قد ارتضى ابراء أحد المدينين من التضامن : (أ) إذا ذكر فى المخالصة أنه قبل الوفاء بحصة هذا المدين ، دون أن يشفع ذلك بالنص على الاحتفاظ بالتضامن ، أو الاحتفاظ بحقوقه بوجه عام . (ب) أو إذا طالب أحد المدينين المتضامنين بحصته أمام القضاء ، فسلم له هذا المدين بحقه ، أو صدر حكم بالزامه بالوفاء (أنظر كذلك المادة ٤٣ فقرة ٤ من التقنين اللبنانى) . ويراعى أن تمشى هاتين القرينتين مع حكم العقل خليق بأن يهيئ لهما من أسباب القبول ما يكفل اعمالهما دون حاجة إلى نص خاص ، ولا سيما أنهما ذكرتا على سبيل المثال ، فلو طالب الدائن مثلاً أحد المدينين بحصته ، فقد تستخلص من مسلك هذا قرينة على الابراء من التضامن ، ولو يسلم المدين بالحق أو يصدر حكم بالزامه بالوفاء به ، وثمة قرينة معقولة أخرى تقررت فى المادة ١٢١٢ من التقنين الفرنسى (نقلتها عنه المادة ١٤٢ من المشروع الفرنسى الايطالى) ونصها : « لا يفقد الدائن حقه فى التضامن إذا قبل الوفاء مجزءاً بحصة أحد المدينين المتضامنين فى ربع الدين أو فوائده ، بدون تحفظ ، إلا بالنسبة لما استحق من هذه الفوائد وذاك الريع ، دون ما يستحق منهما فيما بعد ودون أصل الدين ، ما لم تستمر تجزئة الوفاء خلال عشر سنوات متواليات » . على أن تحديد المدة بعشر سنوات لا يزال محلاً للنظر من وجوه ، فقد تكفى مدة أقصر من تلك المدة لاقامة القرينة ، وقد لا تكفى فى هذا الشأن مدة أطول منها ، إذ الأمر فى جملته مرهون بالظروف .

ويستخلص مما تقدم أن الدائن إذا أبرأ أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن فله أن يرجع على كل من الباقين بكل الدين ، بعد استنزال حصة من أبرئ أو دون استنزال هذه الحصة ، ولا يكون لمن يقوم بالوفاء من المدينين بجملة الدين ، بعد استنزال حصة المدين الذى أبراه الدائن ، أن يرجع بشئ على هذا المدين ولكن يثبت له حق الرجوع عليه بحصته ، لو أنه قام بالوفاء بجملة الدين دون أن يستنزل تلك

الحصة . فلو فرض مثلاً أن مدينين أربعة التزموا على وجه التضامن بالوفاء بدين قدره ١٢٠٠ جنيه ، وأن دائنهم أبرأ أحدهم من الدين أو من التضامن فلهذا الدائن أن يرجع على كل من الثلاثة الباقين بمبلغ ٩٠٠ جنيه ، أو بمبلغ ١٢٠٠ جنيه على حسب الأحوال ، فإذا اقتصر أحد هؤلاء الثلاثة على الوفاء بمبلغ ٩٠٠ جنيه ، فليس له الرجوع بشئ على من أبرئ ، أما إذا أدى مبلغ ١٢٠٠ جنيه ، فله أن يرجع عليه بمبلغ ٣٠٠ جنيه ، وله أن يرجع في كلتا الحالتين على كل من المدينين الآخرين بمبلغ ٣٠٠ جنيه ، ولو فرض أن أحد هذين المدينين معسر لا مال له ، فلا يكون لمن قام بالوفاء إلا أن يرجع على المدين الموصى ، وفي هذه الحالة يتحمل من أبرء من المدينين ، سواء ألزم بأداء مبلغ ٣٠٠ جنيه أم برئت ذمته براءة تامة ، نصيبه في تبعة هذا الاعسار ، فيؤدي ، فضلاً عن حصته في الدين (مبلغ ٣٠٠ جنيه) مبلغ ١٠٠ جنيه عند الاقتضاء ، وهو نصيبه في حصة المعسر ، على أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون مجرد تفسير لنية المتعاقدين ، فهو يقوم على قرينة يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس . فإذا أثبت من أبرء من المدينين أن إرادة الدائن قد انصرفت إلى ابرائه من كل مسئولية عن الدين نصيب هذا المدين في تبعة اعسار من يعسر من المدينين المتضامنين (وهو مبلغ ١٠٠ جنيه في الفرض الذي تقدمت الاشارة إليه) .

ولا يجوز أن يحتج في التضامن الايجابي بالابراء الصادر من أحد الدائنين المتضامنين على الباقين ، فلكل من هؤلاء أن يرجع على المدين بجملة الدين ، بعد استنزال حصة من صدر الابراء منه (أنظر المادة ١٤ فقرة ١ من التقنين اللبناني ، والمادة ١٥٤ من المشروع الفرنسي الايطالي ، والمادة ١١٨٨ فقرة ٢ من التقنين الفرنسي ، والمادة ٤٢٩ فقرة ٣ من التقنين الألماني ، والمادة ٢٠ من التقنين البولوني) .

ومن الميسور أن يتصور الابراء من التضامن بصدد التضامن الايجابي أيضاً فإذا ارتضى احد الدائنين المتضامنين أن يستوفي نصيبه من الدين ، برئت ذمة المدين بقدر هذه الحصة بالنسبة للدائنين الآخرين (المادة ١٣ فقرة ٢ من التقنين اللبناني) ، ويجوز أيضاً أن

يصـدر الابراء من التـضـامن من أحـد الدائنين المتـضـامنين ، دون أن يستوفى حصته مـن الدين فعلاً ، وفى هذه الحالة يكون لسائر الدائنين الذين لم يرتضوا هذا الابراء حق الرجوع على المدين بكل الدين .

فلو فرض أن دائنين أربعة تضامنوا فى استيفاء دين مقداره ١٢٠٠ جنيه وأبرأ أحدهم المدين من الدين ، فلكل من الثلاثة الباقين أن يرجع على المدين بمبلغ ٩٠٠ جنيه فإذا أعسر هذا المدين اعساراً جزئياً ، ولم يستطع إلا أداء مبلغ ٦٠٠ جنيه وجب أن يتحمل جميع الدائنين ، حتى من صدر الابراء منه ، تبعة الخسارة الناشئة من هذا الاعسار (وقدرها ٣٠٠ جنيه) (١) .

رأى الفقه :

إذا استوفى الدائن من المدين الذى أبرأه من التضامن حصته ، فلا تجوز له مطالبة المدينين الآخرين إلا بالباقى بعد استنزال ما استوفاه . أما إذا لم يستوف الدائن من هذا المدين شيئاً فوفى أحد المدينين الآخرين بالدين كله كان لهذا المدين أن يرجع على المدين الذى أبرئ من التضامن بقدر حصته .

وفى جميع الأحوال التى يبرء فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين ، سواء أكان الابراء من الدين أم التضامن ، لا يجوز أن يترتب على هذا الابراء زيادة عبء الالتزام على المدينين الآخرين، والقاعدة فى التضامن أن المدينين المتضامنين جميعاً يشتركون فى تحمل حصة المعسر منهم فلا يتحملها المدين الموفى وحده ، ولذلك يظل المدين المبرأ رغم ابرائه مسئولاً عن نصيبه فى حصة من يعسر من المدينين الآخرين (م٢٩١/١ مدنى) على أن للدائن إذا شاء أن يخلى المدين الذى أبراه من كل مسئولية عن الدين ، فإذا ثبت هذا تحمل الدائن نفسه نصيب هذا المدين فى حصة من يعسر من المدينين الآخرين (م٢٩١/٢ مدنى) (٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء ٣ ص٧٨ و٧٩ و٨٠,٨١ .
(٢) النظرية العامة للالتزام ٢ للدكتور اسماعيل غانم ص٣٢٦ و٣٢٧ .

مادة ٢٩٢ – إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين .

وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين .

النصوص العربية المقابلة :

وهذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، والمواد التالية :

مادة ٢٧٩ ليبى و٢٩٢ سورى و٣٢٩ عراقى و٣٤٧ لبنانى و٣٥٤ كويتى و٢٥٧ سودانى و ٤٥٨ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

الأعمال التحضيرية :

تستهل المادة ٤١٦ طائفة من النصوص المتتابعة استبعدت فيها جميعاً فكرة النيابة التبادلية من نطاق التضامن ، كلما كان فى الأخذ بها ما يسئ إلى مركز الدائنين أو المدينين المتضامنين (أنظر المادة ١٦٧/١١١ من التقنين المصرى ، والمادة ٢٥ من التقنين الألمانى . وقارن المادة ١٦٦/١١٠ من التقنين المصرى) . فإذا انقطعت مدة التقادم ، أو وقف سريانه ، بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز تفريعاً على ذلك أن يتمسك الدائن بهذا الوقف ، أو ذاك الانقطاع قبل الباقين . ويسرى الحكم نفسه على الاعذار ، والمطالبة القضائية ، والاقرار ، واليمين ، والصلح ، والقضاء بالزام أحد المدينين ، فى نطاق التضامن السلبى ، كما سيأتى بيان ذلك . وعلى نقيض ما تقدم يأخذ بفكرة النيابة التبادلية كلما كان فى اعمالها توفير منفعة لمن تنتظمهم رابطة التضامن . فمن ذلك مثلاً أن قطع مدة التقادم لصالح أحد المدينين المتضامنين ينصرف نفسه إلى الباقين (أنظر المادة ١٥٧ من المشروع الفرنسى الايطالى) وتسرى هذه القاعدة أيضاً على التضامن الايجابى، فيما يتعلق بالاعذار ، والاقرار ، والحكم فى الخصومات ، أما أسباب

وقف سريان التقادم فتعبر ذاتية خاصة بكل من الدائنين وفقًا لطبيعتها .

والظاهر أن التقنين المصرى (المادة ١٠٨ فقرة٢/١٦٢) قد أخذ بفكرة التبادلية ، ولو أنه قصرها فى الأصل على الوفاء . فد نصت المادة ١٦٦/١١٠ على أن « مطالبة أحد المدينين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه يسريان على باقى المدينين » ، وفى هذا تطبيق لتلك الفكرة ، ورغم أن التزام سائر المدينين يزداد عبؤه من وجه ، فى منطق هذا التطبيق ، إلا أن هذه الزيادة لا ترجع إلى فعل أحد المدينين المتضامنين – وهو ما لا يجوز وفقًا لأحكام المادة ١٦٧/١١١ – وإنما ترجع إلى فعل الدائن وحده .

وقد يقع أن ينقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بالتقادم ، دون أن يكون هذا التقادم قد اكتمل سببه بالنسبة للباقين ، وفى هذه الحالة يظل التزام هؤلاء بالدين قائمًا ، ولا يفيدون من ذلك بوجه من الوجوه . ولكن إذا قام أحدهم بالوفاء بكل الدين ، فله حق الرجوع على الباقين ، حتى من انقضى التزامه منهم بالتقادم ، لأن رجوعه هذا يؤسس على دعواه الشخصية ، لا على دعوى الحلول . ويتضح من ذلك أن من يقتضى الدين بالنسبة له بسبب التقادم من المدينين المتضامنين لا تبرأ ذمته نهائيًا ، إذ التقادم لا يعصمه من رجوع المدين المتضامن معه ، وإن كان يعصمه على وجه التحقيق من رجوع الدائن .

وقد عولج التقادم فى الفرض السابق بوصفه سببًا من أسباب الانقضاء ، يفيد منه ذو الشأن من المدينين وحده . بيد أن من الميسور تصوير هذا الفرض فى وضع آخر وتطبيق قاعدة اعمال النيابة التبادلية كلما كان فى ذلك نفع للمدينين المتضامنين ، وفى هذا الوضع ينقلب الحكم إلى نقيض ما تقدم ، وتكون منفعة التقادم ، الذى يستتبع انقضاء الدين بالنسبة لمدين من المدينين المتضامنين ، غير قاصرة على هذا المدين وحده ، بل عامة تنصرف إلى الباقين . فلو أخذ بمثل هذا الحكم لترتب على ذلك أن الدائن لا يقنع بقطع مدة التقادم بالنسبة

لواحد من المدينين فحسب ، وإلا لما أمن سقوط الدين ، حتى بالنسبة لمن اتخذ الاجراء القاطع فى مواجهته ، إذا انقضى هذا الدين بالنسبة لمدين آخر لم تنقطع تلك المدة بالنسبة له . لذلك يتعين على الدائن ، لو تغير وجه الحكم على هذا النحو ، أن يقوم بقطع مدة التقادم بالنسبة لجميع المدينين المتضامنين ، حتى يأمن كل احتمال . وقد يكون مثل هذا الحل غير بعيد عن التوفيق إن أريد التوسع فى تطبيق قاعدة اعمال فكرة النيابة التبادلية حيث يفيد منها المدينون المتضامنون (١) .

رأى الفقه :

قد لا تكتمل مدة التقادم المسقط إلا بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين دون سائرهم ، كما لو كان التزام أحد المدينين منجزاً والتزام الآخر مؤجلاً إذ القاعدة أن التقادم لا يسرى إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء فلا يسرى بالنسبة للالتزام المؤجل إلا من وقت انتهاء الأجل فيتصور بناء على ذلك أن تكتمل مدة التقادم المسقط بالنسبة للمدين بالدين المنجز قبل اكتمالها بالنسبة للمدين الذى كان دينه مؤجلاً ، ومن ذلك أيضاً أن تنقطع مدة التقادم أو يقف سريانه بالنسبة لمدين دون آخر ، فتكتمل مدة التقادم للمدين الذى استمر التقادم بالنسبة إليه دون انقطاع أو وقف قبل أن تكتمل بالنسبة لغيره . فى مثل هذه الحالات يجوز للمدين الذى اكتملت له مدة التقادم أن يتمسك به فينقضى الدين كله بالنسبة إليه ، أما المدينون الآخرون فلا يستفيدون من ذلك التقادم إلا بقدر حصة هذا المدين فيجوز لهم أن يتمسكوا بالتقادم فى حدود هذه الحصص ، يظل التزامهم قائماً فى القدر الباقى وذلك سواء أكان المدين الذى اكتملت مدة التقادم بالنسبة إليه قد سبق أن تمسك بالتقادم أو لم يكن قد سبق له ذلك بأن كان الدائن قد بدأ بمطالبة أحد المدينين الآخرين (٢) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٣ – ص٨٣ و٨٤ .
(٢) النظرية العامة للالتزام – ٢ – للدكتور اسماعيل غانم ص٢٢٣ و٢٢٨ .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- إن المادة ١/٢٨٧ من القانون المدنى إذ نصت على أنه: « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين ، فقد أفادت بذلك أن ابداء الدفع بالتقادم المسقط على من له مصلحة فيه ، ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا فى حق من تمسك به » وأنه وإن جاز للمدين المتضامن طبقاً للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين ، إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع فإن أثره لا يتعدى إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به (١) .

٢- إن مطالبة المضرور المتبوع بالتعويض مطابقة قضائية وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة للمتبوع إلا أنها لا تقطعه بالنسبة للتابع ذلك أخذاً بما نصت عليه المادة ٢٩٢ من القانون المدنى من أنه إذ انقطعت مدة التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين ، وإذا كان قطع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يترتب عليه أثر بالنسبة لباقى المدينين فمن باب أولى لا يكون لقطع التقادم بالنسبة للكفيل ولو كان متضامناً من المدين الأصلى أثر بالنسبة إلى هذا الدين (٢) .

مادة ٢٩٣ – لا يكون المدين المتضامن مسئولاً فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله .

وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين ، أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فإن باقى المدينين يستفيدون من هذا الاعذار .

---

(١) نقض جلسة ١٩٦٨/٤/٢ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ مدنى ص٦٩١ .
(٢) نقض جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ المرجع السابق السنة ٢٠ ص١٩٩ .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٨٠ ليبى و٢٩٣ سورى و٣٣٠ عراقى و٣٨ لبنانى و٣٥٥ كويتى و٢٥٩ سودانى و ٤٥٩ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

الأعمال التحضيرية :

يتمثل فى المادة ٤١٧ أوضح تطبيق من تطبيقات قاعدة استبعاد النيابة التبادلية حيث يسئ اعمالها إلى مركز المدينين المتضامنين ، والابقاء عليها حيث يقضى ذلك إلى توفير نفع لهم ، فكل مدين من المدينين المتضامنين لا يسأل فى تنفيذ الالتزام إلا على فعله ، فإذا وقع من أحدهم خطأ جسيم وقع من الثانى خطأ يسير ، وامتنع على الثالث أن يفى بالتزامه من جراء سبب أجنبى ، كانت تبعة الأول أشد وفراً من تبعة الثانى ، وبرئت ذمة الثالث وحده وقد طبقت المادة ١٢٠٥ من التقنين الفرنسى هذا الحكم فقضت بأنه إذا هلك الشئ الواجب اداؤه بخطأ واحد أو أكثر من المدينين المتضامنين ، أو بعد اعذار المسئول أو المسئولين منهم ، فلا يسقط عن سائر المدينين المتضامنين التزامهم بالوفاء بثمن هذا الشئ ، ومع ذلك فلا يلزم هؤلاء بالتعويض وللدائن فقط أن يقتضى التعويض من المدينين الذين ترتب الهلاك على خطئهم أو الذين أعذروا من قبل .

ولا يترتب على أعذار أحد المدينين المتضامنين أو مطالبته أمام القضاء أثر بالنسبة للباقين ، بل تكون التبعة على من تلقى الاعذار وحده ، ويسأل دون غيره عن التعويض ، وكذلك يسأل من يطالب منهم بالوفاء أمام القضاء وحده عن فوائد التأخير (عكس ذلك المادة ١٦٦/١١٠ من التقنين المدنى المصرى) .

فإذا كان من شأن الأثر المترتب بالنسبة لمدين متضامن توفير منفعة لسائر المدينين المتضامنين ، انصرفت هذه المنفعة إليهم ، وعلى هذا النحو يفيد المدينون المتضامنون جميعًا من الاعذار الموجه من

احدهم إلى الدائن ، وتلقى التبعة على هذا الدائن ، تفريعاً على ذلك ، لا بالنسبة لمن أعذرهم من المدينين فحسب بل وبالنسبة للباقين .

وتطبق القاعدة نفسها بشأن التضامن الايجابى ، فتستبعد فكرة النيابة حيث يكون اعمالها ضاراً وتستبقى متى كان ذلك نافعاً . ويتفرع على هذا القاعدة أن خطأ احد الدائنين أو اعذاره لا يضر بالآخرين ، فى حين أنهم ينتفعون من اعذار احدهم للمدين ، ومن سريان الفوائد بسبب مطالبة أحدهم بالدين قضائيًا (أنظر المادة ١٥٦ من المشروع الفرنسى الايطالى ، والمادتين ١٥ فقرة ٢ و١٦ من التقنين اللبنانى ، والمادة ٤٢٩ من التقنين الألمانى ، والمادة ١٩ من التقنين البولونى) (١) .

رأى الفقه :

إذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ أحد المدينين كما لو تسبب بخطئه فى هلاك الشئ محل الالتزام كان مسئولاً وحده عن تعويض الدائن ، أما المدينون الآخرون فتبرأ ذمتهم من الالتزام ، إذ أن خطأ أحد المدينين يعتبر بمقتضى المادة ١/٢٩٣ مدنى سببًا أجنبيًا بالنسبة للمدينين الآخرين ، والقاعدة أن الالتزام ينقضى إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً بسبب أجنبى لا يد له فيه (٢) .

مادة ٢٩٤ – إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين ويضمن الصلح الابراء من الدين أوبراءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى استفاد منه الباقون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزامًا أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٣ – ص٨٦ .
(٢) النظرية العامة للالتزام – ٢ للدكتور اسماعيل غانم – ص٣٣٢ وما بعدها .

مادة ٢٨٠ ليبى و٢٩٤ سورى و٣٣١ عراقى و٣٤ لبنانى و٣٥٦ كويتى و٢٦٠ سودانى و ٤٦٠ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

الأعمال التحضيرية :

ينطوى هذا النص على تطبيق آخر من تطبيقات القاعدة العامة فى أعمال فكرة النيابة بصدد الصلح . فإذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين ، نفذ هذا الصلح فى حق الباقين ، بقدر ما يوفر لهم من النفع (كما إذا تضمن الابراء من الدين او براءة الذمة منه بأى وسيلة أخرى) أما إذا اكان من أن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً ، أو أن يزيد فيما هم ملتزمون به ، فلا ينفذ فى حقهم ما لم يقبلوا ذلك (كما إذا تضمن تنازلاً أو اقراراً) .

وكذلك يكون الشأن فى التضامن الايجابى ، فإذا تصالح أحد الدائنين المتضامنين مع المدين ، أفاد من هذا الصلح باقى الدائنين ، متى كان صلحه هذا يتضمن اقراراً بالحق أو بالدين ، أما إذا كان ينطوى على ابراء من الدين أو يسئ إلى مركزهم ، فلا ينفذ فى حقهم ما لم يرتضوا ذلك (أنظر المادتين ١٨ و١٩ من التقنين اللبنانى) (١) .

رأى الفقه :

إن قاعدة استفادة المدينين من الصلح الذى يعقده أحدهم لا ينطبق إلا على الصلح العادى أى الصلح الذى يحسم به المتعاقدان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً (م٥٤٩ مدنى) أما الصلح الذى يعقده المدين المفلس مع دائنيه لانهاء التفليسة واعادته إلى إدارة أمواله والتصرف فيها فلا يستفيد من المزايا الممنوحة - كما لو خفض مقدار الديون أو منح المدين أجلاً للوفاء - سوى المدين المفلس نفسه ، فإن كان أحد هذه الديون ديناً تضامنيًا التزم به مع المفلس مدينون آخرون لا تسرى هذه المزايا عليهم ، فقد نصت المادة ٣٤٩ من القانون التجارى على أن الدائن أن يطالب الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٣ - ص٨٩ .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن الصلح العادى يتضمن نزول كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (م٥٤٩ مدنى) ، فإذا كان النزاع الذى حسمه أحد المدينين بالصلح مع الدائن نزاعاً اشترك فيه المدينون الآخرون ، فإن نزول هذا المدين عن جزء من ادعائه بالصلح لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه ، وهم من ناحية أخرى لن يستطيعوا بغير هذا القبول الاحتجاج بانقضاء الادعاء الذى نزله عنه الدائن ، فالصلح لا يقبل التجزئة ، فلا يجوز للمدين المتضامنين الاحتجاج به فى شرطه المفيد لهم ورفضه فى شرط المفيد للدائن بل يتعين قبوله أو رفضه جملة واحدة (١) .

مادة ٢٩٥ – إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الاقرارفى حق الباقين .

وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها ، فلا يضار بذلك باقى المدينين .

وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٩٥ سورى و ٢٨٢ ليبى و٣٣٢ عراقى و٣٧/٤ لبنانى و٣٥٧ كويتى و٤٦١ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

الأعمال التحضيرية :

يتضمن هذا النص أيضاً تطبيقاً آخر من تطبيقات القاعدة العامة فى اعمال فكرة النيابة التبادلية ، بصدد الاقرار واليمين فإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يضار الباقون باقراره هذا ، أما اليمين فقد يوجهها الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين ، وقد توجه على نقيض ذلك ، من أحد هؤلاء المدينين إلى الدائن ، فإذا نكل المدين المتضامن ، فى الحالة الأولى ، فلا يضار باقى المدينين من هذا النكول ، وإذا حلف أفاد

---

(١) النظرية العامة للالتزام – ٢ – للدكتور اسماعيل غانم ص٣٣٥ .

من ذلك الباقون ، متى انصبت اليمين على المديونية دون التضامن . وإن حلف الدائن فى الحالة الثانية ، عند توجيه اليمين إليه من أحد المدينين المتضامنين فلا يضار من ذلك باقى المدينين وإن نكل أفاد الباقون من هذا النكول .

ويتبع الحكم نفسه فى شأن التضامن الايجابى . فإذا أقر المدين بالدين لأحد الدائنين المتضامنين ، أو نكل عن اليمين الموجهة إليه منه ، انتفع الباقون من هذا النكول أو ذاك الاقرار أما إذا حلف المدين اليمين، فلا يضار بذلك باقى المدينين . وإن حلف أحد الدائنين المتضامنين اليمين الموجهة من المدين أفاد منها الباقون ، أما إذا نكل فلا يضار الباقون بنكوله هذا (انظر المادة ١٥١ من المشروع الفرنسى الايطالى) (١) .

رأى الفقه :

تضمنت المادة ٢٩٥ مدنى حكم الاقرار واليمين وهى ليست إلا تطبيقاً لمبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر فإذا اقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الاقرار فى حق الباقين إذ فى الاقرار ضرر بهم .

أما اليمين فقد يوجهها الدائن ، إلى أحد المدينين المتضامنين ، وقد توجه من أحد هؤلاء المدينين إلى الدائن ، فلا يضار باقى المدينين من نكول المدين فى الحالة الأولى أو من حلف الدائن فى الحالة الثانية ، ولكنهم يستفيدون من حلف المدين أو نكول الدائن .

ولكن يلاحظ أنه إذا وجه الدائن اليمين إلى كل من المدينين المتضامنين فحلفها أحدهم ، فلا يجوز للباقين أن يستندوا إلى النيابة التبادلية للادعاء بأن لهم الاستفادة من هذا الحلف ومن أن يحلفوا هم أنفسهم إذ لا محل لتمثيل المدين لصالح زملائه إذا كان الدائن قد دعا كل مدين من المدينين المتضامنين إلى الدفاع عن مصالحه بنفسه بتوجيهه اليمين إلى كل منهم ، كما أن المادة ٣/٢٩٥ مدنى لا تنص على استفادة المدينين من حلف أحدهم إلا فى حالة ما إذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٣ - ص٩١ .

مادة ٢٩٦ – إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين .

أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنيًا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٨٣ ليبى ، ٢٩٦ سورى و٣٢٣ عراقى و٣٦ لبنانى و٣٥٨ كويتى و٢٦٢ سودانى و٤٦٢ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

الأعمال التحضيرية :

١- يتضمن هذا النص أخر تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة فى اعمال فكرة النيابة فيما يتعلق بحجية الشئ المقضى به ، فإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين . أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيفيد منه الباقون ، ما لم يكن هذا الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر لصالحه .

ويراعى أن الحكم الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يزول أثره بالنسبة لباقى المدينين ، إذا قضت بالغائه هيئة قضائية مختصة ، لكن إذا اختصم الدائن جميع المدينين فى الدعوى وصدر حكم لصالحهم ثم قضى بالغاء هذا الحكم بالنسبة لأحدهم فيما بعد ، فلا يضار الباقون بذلك ، أما إذا صدر الحكم عليهم ، فلا يترتب على اعلانه لأحدهم سريان مواعيد المعارضة والاستئناف والنقض بالنسبة للباقين .

٢- وتسرى القاعدة نفسها أيضاً على التضامن الايجابى، فإذا حكم لصالح أحد الدائنين المتضامنين على المدين ، أفاد من هذا الحكم باقى المدينين، أما إذا قضى لصالح المدين فلا يضار الباقون بهذا الحكم وإذا الغى الحكم الصادر لصالح أحد الدائنين، زال أثره بالنسبة لباقى الدائنين. ولكن إذا كان جميع الدائنين قد اختصموا فى الدعوى ثم قضى بالغاء

الحكم بالنسبة لأحدهم فلايضار بذلك الباقون. ولا يترتب على اعلان الحكم لأحدهم سريان المواعيد المقررة للطعن فى الأحكام بالنسبة للباقين(١) .

رأى الفقه :

إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين وحده دون أن يكون باقى المدينين المتضامنين داخلين فى الدعوى ، فإن هذا أمر ضار بهم فلا يسرى الحكم فى حقهم ولا يحتج عليهم به ، ويجب على الدائن إما أن يدخل باقى المدينين المتضامنين فى الدعوى ليصدر الحكم فى مواجهتهم أو أن يرفع عليهم دعوى أو دعاوى أخرى ليكون الحكم سارياً فى حق من رفع عليه الدعوى ، وهذا هو أيضًا حكم التضامن الايجابى، فإذا صدر حكم على أحد الدائنين المتضامنين لم يكن هذا الحكم سارياً فى حق الدائنين الآخرين ، ويلاحظ أنه إذا جمع الدائن كل المدينين المتضامنين فى الدعوى وصدر حكم ضدهم ، فإن الطعن فى هذا الحكم من أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقى ، وإذا صدر فى الطعن حكم ضد المدين الذى رفع الطعن لم يضار الباقون به ، وكان لكل منهم حق الطعن فى الحكم الأول إذا كان طريق الطعن لا يزال مفتوحاً امامه ، وإذا صدر حكم لصالح أحد المدينين المتضامنين دون أن يكون باقى المدينين داخلين فى الدعوى فإن هذا أمر نافع لهم فيفيدون منه ويستطيعون أن يحتجوا بهذا الحكم ، وهذا ما لم يكن الحكم الذى صدر لمصلحة المدين المتضامن مبنياً على سبب خاص به ، كأن يكون بالنسبة إليه قد شابه سبب من أسباب البطلان ، فعند ذلك يصدر الحكم بابطال الدين بالنسبة إليه وحده دون أن يتعدى أثر الحكم إلى المدينين المتضامنين الآخرين ، ومثل ذلك أيضًا أن يكون دين المتضامن معلقًا على شرط ولم يتحقق الشرط ، فالحكم الصادر بزوال الدين لتخلف الشرط لا يتعدى أثره إلى المدينين الآخرين كانت ديونهم منجزة ، وهذا ايضًا حكم الضامن الايجابى وهو أنه إذا صدر حكم لصالح أحد الدائنين المتضامنين أفاد منه الباقون . ويلاحظ أنه إذا جمع الدائن كل المدينين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٣ - ص٩٣ و٩٤ .

المتضامنين فى الدعوى وصدر حكم لصالحهم ، فإن الطعن فى هذا الحكم من الدائن بالنسبة إلى أحد منهم لا يضر الباقين ، وإذا حصل الدائن فى الطعن على حكم لصالحه يلغى الحكم الأول ، فإن هذا الحكم لا يسرى فى حق الباقين الذين لم يدخلوا فى هذا الطعن (١) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- نصت المادة ٢٩٦ من القانون المدنى على أنه إذا صدر حكم على احد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ومقتضى ذلك أنه حتى فيما بين المدينين المتضامنين أنفسهم لا يعتبر الحكم الصادر ضد أحدهم حجة على باقيهم ، ومن باب أولى لا يكون الحكم الصادر على الكفيل حجة على المدين (٢) .

مادة ٢٩٧ – إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين إذ بقدر حصته فى الدين ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن .

وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصًا متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٨٤ ليبى و٢٩٧ سورى و٣٣٤ عراقى و٣٩ و٤٠ لبنانى و٢٧٢ كويتى و٢٦٣ سودانى .

الأعمال التحضيرية :

يراجع – لاحقًا – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٢٩٩ مدنى .

---

(١) الوسيط – ٣ – للدكتور السنهورى – ص٣٤٣ وما بعدها ، وكتابه الوجيز ص١٠٢٥ وما بعدها ، والنظرية العامة للالتزام – ٢ – للدكتور اسماعيل غانم ص٣٣٧ .

(٢) نقض جلسة ١٩٦٨/٢/٢٣ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ مدنى ص٣٢٢ .

رأى الفقه :

يكون رجوع الموفى على بقية المدينين بأحد طريقين : إما بدعوى شخصية هى دعوى الوكالة فى التضامن الاتفاقى أو دعوى الفضالة فى التضامن القانونى ، وإما بدعوى الدائن بوصف المدين الوفى قد حل محله نتيجة لقيامه بالوفاء له ، هذه هى دعوى الحلول (١/٢٧٦ مدنى)، وميزتها أنها تمكن المدين الموفى من الاستفادة من التأمينات التى كانت للدائن ، وقد يفضل المدين مع ذلك الرجوع بالدعوى الشخصية فى بعض الحالات كما لو كانت للدائن ، وقد يفضل المدين مع ذلك الرجوع بالدعوى الشخصية فى بعض الحالات كما لو كانت دعوى الدائن قد سقطت بالتقادم ، فمدة تقادم تلك الدعوى تحسب من وقت أن أصبح حق الدائن مستحق الأداء ، وقد يكون حق الدائن مما يسقط بتقادم حولى فى حين أن مدة تقادم الدعوى الشخصية لا تبدأ إلا من وقت الوفاء ، كما أن للرجوع بالدعوى الشخصية ميزته من حيث استحقاق الفوائد إذ تحتسب الفوائد القانونية للموفى بوصفه وكيلاً أو فضولياً من يوم قيامه بالوفاء (م٧١٠ و١٩٥ مدنى) .

وسواء رجع المدين الموفى بدعواه الشخصية أو بدعوى الدائن بما له من حق الحلول فلا يجوز له أن يرجع عن أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين (م١/٢٩٧ مدنى) تطبيقاً لقاعدة انقسام الدين فيما بين المدينين المتضامنين (١) .

مادة ٢٩٨ – إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذى وفى بالدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية :

---

(١) النظرية العامة للالتزام – ٢ – للدكتور اسماعيل غانم – ص٣٣٩ و٣٤٠ .

مادة ٢٨٥ ليبى و٢٩٨ سورى و٣٣٤ عراقى و٤١ لبنانى و٣/٣٥٩ كويتى و٢٦٥ سودانى .

الأعمال التحضيرية :

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوادر على نص المادة ٢٩٩ مدنى .

رأى الفقه :

إذا وجد الموفى أحد المدينين معسراً فهو لا يتحمل وحده تبعة هذا الاعسار ، بل يشترك معه فى تحملها سائر المدينين الموسرين كل منهم بقدر حصته فى الدين (م٢٩٨ مدنى) (١) .

مادة ٢٩٩ - إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٨٦ ليبى و٢٩٩ سورى و٣٣٥ عراقى و٣٩ لبنانى و٣٦٠ كويتى و٢٦٤ سودانى .

الأعمال التحضيرية :

تتناول هذه المواد الثلاث علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم ، والقاعدة أن الدين ينقسم بين المدينين بالنسب المتفق عليها أو المحددة بمقتضى نص فى القانون ، ولكن إذا كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى تحمل به كل فى صلته بالباقين . فلو أقيم الدليل على أن مديناً من المدينين المتضامنين هو المدين الأصلى ، وأن الآخرين ليسوا سوى كفلاء (فى حدود صلتهم ببعضهم

(١) النظرية العامة للالتزام - ٢ - للدكتور اسماعيل غانم ص٣٤١ .

لا فى حدود صلتهم بالدائن) وجب أن يتحمل هذا المدين الدين كله ، فإذا وفىّ لم يكن له حق فى الرجوع على الباقين ، وإذا قام بالوفاء مدين آخر ، كان لهذا المدين أن يرجع عليه بالدين كله .

فإذا لم يكن ثمة اتفاق أو نص فى القانون بشأن التقسيم ، انقسم الدين بين المدينين المتضامنين حصصًا متساوية ، وإذا أعسر أحدهم تحمل تبعة هذا الاعسار سائر المدينين ، حتى من قام منهم بالوفاء بالدين ، وقد تقدمت الاشارة إلى أن من أبرئ من المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن يتحمل نصيبه فى تبعة الاعسار .

وليس يبقى بعد هذا كله سوى بيان الأساس القانونى لحق الرجوع فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم . فهذا الرجوع يحصل بمقتضى دعويين .

(أ) الأولى الدعوى الشخصية وقوامها ما يكون بين المدينين المتضامنين من علاقات سابقة : كالوكالة ، والفضالة ، والإثراء (ب) والثانية دعوى الحلول . ولا يكون للمدين المتضامن أن يطالب كلاً من الباقين بأكثر من حصته ، سواء أرجع بمقتضى الدعوى الشخصية ، أم بمقتضى دعوى الحلول (١) .

رأى الفقه :

يظهر من نص المادة ٢٩٩ مدنى أن هناك حالة لا يكون فيها المدينون المتضامنون جميعاً أصحاب المصلحة فى الدين بل يكون واحد منهم أو أكثرهم أصحاب المصلحة دون الآخرين ، فماذا يكون فى هذه الحالة شأن هؤلاء الآخرين الذين ليست لهم مصلحة فى الدين ، أى ليسوا هم المدينين الحقيقيين، ومع ذلك يتضامنون فى الدين مع أصحاب المصلحة فيه ؟ إنهم يكونون لا شك كفلاء لأصحاب المصلحة وأصحاب المصلحة وحدهم هم المدينون الحقيقيون أو المدينون الأصليون .

ويتحقق ذلك إذا كان الدين فى ذمة احد المدينيين المتضامنين وحده،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٣ – ص٩٨ و٩٩ .

أما الباقين فليسوا إلا كفلاء تقدموا للدائن كمدينين متضامنين أصليين إمعاناً منهم فى توثيق الدين ، ويتحقق ذلك أيضاً بالنسبة للتابع والمتبوع فالتابع هو صاحب المصلحة وبين من هو تحت الرقابة ومتولى الرقابة ، فالأول هو صاحب المصلحة وصاحب الكمبيالة والمسحوب عليه والمظهرون والضامنون مسئولون بالتضامن قبل حامل الكمبيالة ولكن صاحب المصلحة هو المسحوب عليه إذا قبل الكمبيالة أو كان عنده مقابل للوفاء وإلا فالساحب .

وتسرى قواعد التضامن بالنسبة لعلاقة هؤلاء المدينين بالدائن ، فلا يكون لهم حق تقسيم الدين بينهم ولا حق تجريد المدين الأصلى ، أما فى علاقتهم بعضهم ببعض ، فقواعد الكفالة هى التى تسرى دون قواعد التضامن ، فلا يتحملون شيئاً من الدين بل المدين الأصلى صاحب المصلحة هو الذى يتحمل الدين كله ، وإذا كان أصحاب المصلحة فى الدين أكثر من واحد فإن المدين الذى وفى الدين دون أن يكون ذا مصلحة فيه يرجع على أى من أصحاب المصلحة بكل الدين ، أما إذا دفع مدين غير ذى مصلحة فى الدين كل الدين للدائن وأراد الرجوع على أصحاب المصلحة فوجدهم معسرين رجع على المدينين غير أصحاب المصلحة كل بنسبة حصته فى الدين وإلا كانوا جميعاً متساوون فى الحصص (١) .

٢- عدم القابلية للإنقسام

مادة ٣٠٠ - لا يكون الالتزام غير قابل للانقسام .

(أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم .

(ب) إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك .

---

(١) الوسيط - ٣ - للدكتور السنهورى ص٣١٦ وما بعدها ، وكتابه : الوجيز ١٠٤٢ وما بعدها .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٢٨٧ ليبى و٣٠٠ سورى و٣٦١ كويتى و٧٠ لبنانى و٣٣٦ عراقى و٢١٦ سودانى و١٩١ تونسى و ٤٦٥ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

الأعمال التحضيرية :

تتناول المادة بيان حالتىّ عدم القابلية للانقسام :

أ- فنعرض الأولى حيث يرد الالتزام على محل لا يقبل التجزئة بطبيعته ، كما هو الشأن فى تسليم شئ معين بذاته يعتبر كلاً لا يحتمل التبعية (كجواد مثلاً) أو فى ترتيب أو نقل حق غير قابل للانقسام (كالارتفاق مثلاً) ، أو فى التزام وضع لا يتصور فيه التفريق (كالبقاء على موقف سلبى معين بمقتضى التزام بالامتناع عن عمل شئ) .

ب- تعرض الثانية حيث تنصرف نية المتعاقدين صراحة أو ضمناً إلى عدم اجازة تجزئة الوفاء بالالتزام ، وبالأخص ، إذا تبين ذلك من الغرض الذى قصداه وعلى هذا النحو يعتبر التزام البائع غير قابل للانقسام بسبب الغرض المقصود متى كان المبيع أرضاً تكفى دون سعة لاقامة البناء الذى يحتاج المشترى إليه .

ويفرق الفقه فى صور عدم القابلية للانقسام بين ما يكون منها ضرورياً (وهو ما يرجع إلى طبيعة المحل) وبين ما يكون منها الزامياً (وهو ما يرجع إلى الغرض المقصود) ، وبين ما يكون منها مشروطاً لنفى تجزئة الوفاء . وهذا الضرب الأخير يقرر لمصلحة الدائن على وجه الانفراد ، ولا يكون له أثر إلا من ناحية المدين (الناحية السلبية) ، فإذا مات المدين كان كل وارث من ورثته ملزماً بأداء كل الدين ، أما إذا مات الدائن ، فينقسم الدين على نقيض ذلك بين ورثته (١) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٣ - ص١٠١ .

الفصل الثانى
فى الكفالة
فى القانون المدنى

مادة ٧٧٢ – الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٨١ ليبى و٧٣٨ سورى و١٠٠٨ عراقى و٦٥٤ سودانى و١٠٥٣ لبنانى و١٤٧٨ تونسى و٧٤٥ كويتى و ١٠٥٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة . .

الأعمال التحضيرية :

عرف الأستاذان بودرى وفال الكفالة بأنها : « عقد بمقتضاه يكفل شخص من الغير تنفيذ التزام بأن يعهد بالوفاء إذا لم يقم به المدين نفسه ، على أن يحتفظ بحق الرجوع على هذا المدين » . ولا شك أن هذا التعريف يفضل التعارف الواردة بالتقنين المصرى أو بالتقنينات الأخرى أو بالمشروع الفرنسى الايطالى ، لأنه تعريف واف يبرز عناصر الكفالة وخصائصها الأساسية ، وينفى على الأخص كل وجه للخلط بينها وبين التضامن ، إذ هو يبين أن الكفيل يضمن تنفيذ التزام أصلى وأنه يرجع على المدين إذا قام بالوفاء . ولذلك اتخذ المشروع من هذا التعريف أساساً للتعريف الوارد بالمادة . على أنه مع ذلك أدخل عليه أربعة تعديلات : ١- أضاف أن الكفيل يتعهد للدائن ، وذلك ليشعر بأن الكفيل يلتزم مباشرة قبل الدائن ، وأن الكفالة تتم بمجرد توافق ارادتىّ الدائن والكفيل ، دون حاجة لرضاء المدين بها مقدماً . ٢- حذف عبارة « من الغير » واكتفى بأن يقرر أن الكفيل شخص يضمن تنفيذ التزام .

وذلك منعاً لكل التباس ، لأنه إذا كان صحيحاً أن الكفيل هو من الغير بالنسبة للالتزام الأصلى القائم بين الدائن والمدين ، إلا أنه بالنسبة لعقد الكفالة هو طرف فيه . ٣- استبدل بعبارة « الكفيل يقوم بالوفاء إذا لم يؤده المدين » ، وهى العبارة ذاتها التى استعملها التقنين المصرى (م١٩٥/٦٠٤) ، عبارة عامة تقرر أن الكفيل يضمن تنفيذ التزام بأن يتعهد الدائن « بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه » . وطبقاً لهذه العبارة العامة يمكن أن ترد الكفالة ، كما قال بحق الأستاذ دوهلتس ، على أى التزام مهما كان نوعه ، مادام يمكن تقديره نقداً أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات . ٤- حذف العبارة الأخيرة « على أن يحتفظ بحق الرجوع على المدين » ، لأنه حكمها مفهوم بداهة من سياق النصوص ، مادام المشروع يعرض لرجوع الكفيل على المدين ويحدد شروطه ومداه (١) .

رأى الفقه :

١- يؤخذ من التعريف الوارد بنص المادة ٧٧٢ مدنى أن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن ، أما المدين الأصلى فليس طرفاً فى عقد الكفالة ، بل إن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين وبرغم معارضته ، إذ أن هذا الالتزام هو الذى يضمنه الكفيل ويجب أن يكون مذكوراً فى وضوح ودقة فى عقد الكفالة . وهذا الالتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغ من النقود ، وقد يكون اعطاء شئ غير النقود ، كما قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل . فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغاً من النقود ، ضمن الكفيل ما عسى أن يكون على المدين الأصلى من تعويض من جراء اخلاله بالالتزام باعطاء شئ غير النقود ، أو من جراء اخلاله بالالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل .

فالكفالة إذن تفترض وجود التزام مكفول ، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلى به ودائن ، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلى المكفول بموجبه يفى الكفيل بهذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الخامس - ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلى . فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً فى ذمة الكفيل والتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلى .

ولا يعتبر عقد كفالة : ١- عقد الانابة ولو كانت غير كاملة ، فإن المناب يلتزم بدفع دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً ، إلا يستطيع أن يحتج بالدفوع التى يحتج بها المنيب على المناب لديه ٢- القابل للكمبيالة وموقعوها ، وكلهم ملتزمون التزامًا أصليًا بدفع قيمة الكمبيالة ، ولذلك لا يعتبرون كفلاء ٣- المدين المتضامن مع مدينين آخرين ، فإنه يلتزم التزاماً أصلياً بالتضامن مع سائر المدينين ، ولذلك لا يعتبر كفيلاً لهم . وهذا بخلاف الكفيل المتضامن مع المدين الأصلى . فإنه يلتزم التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلى ولذلك يكون كفيلاً له ٤- الوكيل بالعمولة الذى يضمن يسار العميل ، يلتزم التزاماً أصليًا ، ولذلك لا يعتبر كفيلاً للعمل ٥- عقد تأمين يسار المدين لا يعتبر عقد كفالة فإن المؤمن لا يضمن يسار المدين ، بل يلتزم التزامًا أصليًا بموجب عقد التأمين ، لا بوفاء دين المدين ذاته ، بل بتعويض الدائن عن الضرر الذى يلحقه من جراء اعسار المدين ٦- عقد التعهد عن الغير لا يعتبر عقد كفالة إذ أن المتعهد عن الغير لا يكفل هذا الغير بل يلتزم التزاماً أصلياً بالحصول على موافقة الغير أن يلتزم . فإذا ما وافق الغير على أن يلتزم ، فقد قام المتعهد بالتزامه ، ولا يكفل بعد ذلك يسار الغير ، ولذلك لا يعد كفيلاً له (١) .

٢- يبرز التعريف الوارد بالمادة ٧٧٢ مدنى عناصر الكفالة وخصائصها الأساسية ، مما ينفى كل وجه للخلط بينها وبين الضامن . ويتضح من هذا التعريف : أ- أن الكفالة تتم بمجرد توافق ارادتىّ الدائن والكفيل ، دون حاجة لرضاء المدين بها . ب- أن محلها يمكن أن يكون أى التزام مهما كان نوعه فلا يشترط أن يكون ديناً من النقود ، مادام يمكن تقديره نقداً أو يترتب على عدم تنفيذه بالحكم بالتعويض . جـ-أن الكفيل يضمن تنفيذ التزام أصل ، وأنه يرجع على المدين إذا قام بالوفاء (٢) .

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى طبعة ١٩٦٩ ص١٨ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى - للدكتور محمد على عرفه - المرجع السابق - ص٥٦٨ .

٣- من التعريف الوارد بنص المادة ٧٧٢ مدنى يتضح أن الكفالة عقد ينعقد بين شخص يسمى الكفيل وشخص آخر له فى ذمة ثالث التزام ، فهى تفترض وجود التزام ، أياً كان محله ، يعبر عنه بالالتزام الأصلى أو الالتزام المكفول ، وتنعقد بين الكفيل والدائن بهذا الالتزام الأصلى ويعبر عنه المشرع بالدائن . أما المدين بالالتزام الأصلى ، وهو الذى يعبر عنه بالمدين ، فلا يعتبر طرفاً فى عقد الكفالة .

ومحل الكفالة تعهد الكفيل للدائن بأن يفى بالالتزام الأصلى إذا لم يف به المدين نفسه . ولا تعنى عبارة : (إذا لم يف به المدين نفسه) أن الكفيل يتعهد بالتزام معلق على شرط واقف هو عدم قيام المدين بالوفاء . والرأى السائد أن الكفيل يتعهد ، بحسب الأصل ، التزام غير معلق على شرط . ويرجع عدم اعتبار التزام الكفيل التزاماً شرطياً إلى أن الشرط بمعناه الفنى ، لا يكون إلا أمراً عارضاً يمكن تصور قيام الالتزام بدونه ، فى حين أن التزام الكفيل بتنفيذ الالتزام الأصلى يكون حتماً معلقاً على عدم وفاء المدين نفسه بهذا الالتزام ، فالكفيل يتعهد بالتزام تابع لالتزام المدين ، وصفة التبعية هذه هى التى تدل عليها عبارة : (إذا لم يف به المدين نفسه) (١) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- إذا تعاقد الشريك المتضامن غير المدين باسم الشركة مع الغير فى غير أغراضها ، فإن تعاقده وإن لم يكن ملزماً للشركة ، إلا أنه يلزمه شخصياً قبل الغير الذى تعاقد معه . وعلى ذلك فإذا كان الحكم قد قرر مسئولية ذلك الشريك شخصياً عن كفالة عقدها منتحلاً فيها صفة غير صحيحة وهى أنه مدير للشركة حالة كونه غير مدير لها وليس من أغراض الشركة ضمان الغير ، فإن الحكم يكون قد أصاب فى القانون (٢) .

---

(١) عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفى منصور – طبعة ١٩٦٠ ص٧ وما بعدها .

(٢) نقض جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٨ ص٦٢٥ .

٢- الكفالة يمكن أن ترد على أى التزم متى كان صحيحًا وأيًا كان نوعه أو مصدره مادام يمكن تقديره نقداً أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات وليس فى أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد فى ذمة عاقديه كليهما بأن يتعهد لكل منهما بأن يفى له بالتزام المتعاقد الآخر له حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به ، وفى هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائنًا للآخر بالالتزامات المترتبة له فى ذمته بمقتضى العقد الأصلى المبرم بينهما (١) .

مادة ٧٧٣ – لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٨٢ ليبى و٧٣٩ سورى و٦٥٥ ليبى و١٠٥٩ لبنانى وقارن المادة ١٤٧٩ تونسى .

الأعمال التحضيرية :

لم يعرض التقنين المصرى ، جرياً على منوال التقنين الفرنسى ، لإثبات الكفالة بل تركه للقواعد العامة . أما التقنينات الحديثة (كالتقنين الألمانى م٦٧٧ والتقنين السويسرى م٤٩٣ والتقنين البولونى م٦٣١) فإنها تتطلب فى باب الكفالة الدليل الكتابى . والواقع أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن التزام الكفيل هو أساساً من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع ، وقد يكون من العسير بل قد يستحيل أحياناً تعرف طبيعة تدخل الكفيل ، وتحديد مدى التزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها . ولذلك قلماً تتم الكفالة عملاً بغير كتابة ، كما يندر أن

---

(١) نقض جلسة ١٩٦٩/٤/١٧ المرجع السابق السنة ٢٠ ص٦١٦ .

يلجأ الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة . فلهذه الأسباب قرر المشروع حماية للكفيل عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة .

ويلزم الإثبات الكتابى حتى لو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة . وربما يعترض البعض على ذلك بأن الكفيل ، والتزامه ثابت بالكتابة ، سيضطر دائماً إلى الوفاء للدائن فى حين أنه فى رجوع على المدين قد لا يستوفى منه شيئاً لعجزه عن إثبات الالتزام الأصلى بشهادة الشهود . على أن هذا الاعتراض غير جدى فى الواقع لأن الكفيل يستطيع تفادى ذلك إما عن طريق التوقيع بالضمان على سند الالتزام ذاته ، أو اشتراط وجود كتابة مثبتة للالتزام ، أو تعليق الكفالة على وجود هذه الكتابة . وفى جميع هذه الحالات تكون الكتابة مثبتة للدين الأصلى ، ومثبتة أيضاً للكفالة (١) .

رأى الفقه :

١- يخلص من نصيب المادة ٧٧٣ مدنى أن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل ، ولكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة ، لذلك ليست الكفالة بعقد شكلى ، بل هى عقد رضائى والكتابة ليست ضرورية إلا لإثبات التزام الكفيل والكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل ، حتى لو كان الالتزام المكفول يثبت بالبينة بأن كل مثلاً عشرين جنيهاً فاقل . كذلك الكتابة لازمة لإثبات التزام الكفيل ولو كان هذا الالتزام عشرين جنيهاً فأقل ، حتى لو كان الالتزام الأصلى أكثر من عشرين جنيهاً ولكن الكفيل لم يكفل منه إلا عشرة جنيهات فأقل . ويقوم مقام الكتابة مبدأ الثبوت بالكتابة ، كما يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابى أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه . كذلك يجوز إثبات الكفالة بالاقرار واليمين ، هذان الطريقان للإثبات جائزان حيث يجب الإثبات بالكتابة .

والسبب الذى دعا المشرع إلى التشدد فى إثبات رضاء الكفيل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ - ص٤٢٦ و٤٢٧ .

بالكتابة هو نفس السبب الذى دعا المشرع الفرنسى إلى اشتراط أن يكون رضاء الكفيل صريحًا : خطورة الكتابة وضرورة التروى قبل الاقدام عليها .

والإثبات بالكتابة ضرورى فيما بين الكفيل والمدين ، عندما يريد الأول الرجوع على الثانى بعد أن يفى بالالتزام ، فلا تشترط الكتابة ، ويخضع للإثبات هنا القواعد العامة فيجوز الإثبات بالبينة والقرائن إذا كان رجوع الكفيل على المدين بعشرين جنيهًا فأقل . كذلك الإثبات بالكتابة ليس ضروريًا حتى فيما بين الكفيل والدائن ، ويجوز الإثبات بالبينة والقرائن ، إذا كان التزام الكفيل تجاريًا .

ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز الاحتجاج بها على الغير ، كما إذا وفى الكفيل الدين وحل محل الدائن فى رهن رسمى مثلاً ، وكان هناك دائن مرتهن (١) .

٢- أما المادة ٧٧٣ مدنى فتعرض لإثبات الكفالة ، وهى مسألة تركها التقنين القديم للقواعد العامة . وهذه المادة تتطلب الدليل الكتابى لإثبات الكفالة ، لا لانعقادها (قارن المادتين ٧٦٦ المانى و٤٩٣ سويسرى) . ويلزم الإثبات الكتابى حتى لو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بشهادة الشهود . وقد قصد المشرع من تقييد إثبات الكفالة على هذا النحو حماية الكفيل باقتضاء أن يستند التزامه ، وهو أساسًا من الالتزامات التبرعية ، إلى رضاء صريح قاطع يرجع إليه مدى التزامه ونوع كفالته (٢) .

٣- يكون المشرع قد خرج بنص المادة ٧٧٣ مدنى على القواعد العامة ، إذ يجوز بحسب الأصل إثبات التصرف القانونى الذى لا تزيد قيمته على عشرين جنيهًا بالبينة ، فى حين أن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة أيًا كانت قيمة الالتزام المكفول .

---

(١) الوسيط ١٠ للدكتور السنهورى المرجع السابق ص٧٨ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٥٦٨ و٥٦٩ .

وهذه القاعدة الاستثنائية مستحدثة فى القانون المدنى الجديد ، احتذى فيها المشرع حذو التقنينات الحديثة . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تبريراً لها : « والواقع انه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القوعد العامة فى الإثبات لأن التزام الكفيل هو أساسًا من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع . وقد يكون من العسير بل قد يستحيل أحياناً تعرف طبيعة تدخل الكفيل ، وتحديد مدى التزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها . ولذلك قلماً تتم الكفالة عملاً بغير كتابة ، كما يندر أن يلجأ الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة » .

ولما كانت الحكمة من اشتراط الكتابة هى حماية الكفيل ، فالمسلم أنها لا تلتزم إلا لإثبات رضاه وحده بالرغم من أن النص يقول : « لا تثبت الكفالة » . والواقع أنه إذ ما نوزع فى وجود الكفالة ، فذلك لا يكون إلا من الكفيل لأنه هو الملتزم . وكما تلزم الكتابة لإثبات انعقاد الكفالة ، فهى تلزم الكفيل بابرام الكفالة نفسها . وكذلك تلزم الكتابة لإثبات أى تعديل فى عقد الكفالة يقتضى تدخل الكفيل .

وإذا كان رضاء الكفيل بالكفالة لا يثبت إلا بالكتابة ، إلا أن القواعد العامة فى الإثبات تجيز إثبات هذا الرضاء بالبينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه . وذلك تقضى القواعد العامة فى الإثبات باعفاء الدائن من إثبات الكفالة إذا أقر بها الكفيل أو نكل عن اليمين الحاسمة أو ردها الدائن (١) .

مادة ٧٧٤ – إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيمًا فى مصر ، وله أن يقدم عوضًا من الكفيل ، تأمينًا عينيًا كافيًا .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

---

(١) عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفى – المرجع السابق ص٤٩و٥٠ .

مادة ٧٨٣ ليبى و٧٤٠ سورى و٦٥٦ سودانى و١٠٦٨ لبنانى .

الأعمال التحضيرية :

تقابل هذه المواد والمادة ١١٤٠ فى التقنين الحالى المادة ٦١٠/٥٠٠ التى توجب استبدال الكفيل إذا أعسر ، والمادة ٦١١/٥٠١ التى تقرر أن الالتزام بتقديم كفيل ينفذ طبقاً للأوجة المقررة بقانون المرافعات . ومما يعاب على هذه النصوص أنها أحالت فيما يتعلق بكيفية الوفاء بالالتزام بتقديم كفيل على تقنين المرافعات ، مع أنه من الواجب أن يعرض التقنين المدنى لذلك بنص صريح ، لأن الأمر يتعلق بالموضوع لا بالشكل . كذلك يؤخذ على التقنين الحالى أنه لم يذكر الشروط الواجب توافرها فى الكفيل . والمشروع يستدرك هذا النقص .

والمادتان ١١٤١ و١١٤١ مكررة نقلهما المشروع عن المادتين ٧١٥ و٧١٦ من المشروع الفرنسى الايطالى ، وهما تعرضان لبيان الشروط الواجب توافرها فى الكفيل . فيجب أن يكون مقيماً فى مصر ، وذلك مراعاة لمصلحة الدائن والتسهيل عليه عند مطالبته الكفيل . كذلك يجب أن يكون موسراً . وفى تقدير ذلك اليسار ينظر المشروع الفرنسى الايطالى (م٧١٦) إلى أمواله العقارية لأن المنقولات فضلاً عن سهولة اخفائها يصعب الاستدلال عليها والتثبت من ملكيتها . على أن اللجنة لم تر هذا الرأى ، بل قررت وجوب التسوية بين العقارات والمنقولات من هذه الناحية . ولذلك أقرت نص المادة ٧١٦ من المشروع الفرنسى الايطالى ، بعد حذفى عبارة « الجائز رهنها رهناً تأمينياً » .

أما المادة ١٤٢ ، فإنها تطابق المادة ٧١٨ من المشرع الفرنسى الايطالى . والتقنين الفرنسى ينص فى المادة ٢٠٤١ على أنه « يجوز لمن لا يمكنه الحصول على كفيل أن يقدم رهن حيازة منقولاً » . أما التقنين المصرى فإنه لم يعرض لحالة تقديم تأمين عينى بدلاً من الكفالة . ولعل السبب فى ذلك أن المادة ٦١١/٥٠١ أحالت على تقنين المرافعات الذى ينص فى ٤٥٨/٣٩٩ منه على أنه « فى الأحوال التى يجب فيها تقديم كفيل يكون للملتزم الخيار بين أن يأتى بكفيل مقتدر أو يودع فى صندوق المحكمة من النقود أو السندات ذات القيمة ما يساوى المحكوم

به » . ويعاب على هذا النص أنه لم يذكر سوى النقود والسندات ذات القيمة ، مع أن التأمين العينى قد يرد على أموال أخرى منقولة أو عقارية . ولم يرغب المشروع من ناحية أخرى فى اقتباس نص التقنين الفرنسى لما به من غموض أوجد مجالاً للنزاع ، ولذلك قرر نصًا صريحًا ينطبق على كل أنواع الكفالة ، ويجيز للملتزم بتقديم كفيل أن يقدم بدلاً منه تأمينًا عينيًا من أى نوع كان ، بشرط أن يكون كافيًا (١) .

رأى الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٧٧٤ مدنى أن المدين قد يكون ملزمًا بتقديم كفيل فعليه أن يقدم كفيلاً توافرت فيه شروط معينة ، ومصادر التزام المدين بتقديم كفيل ثلاثة : القانون والقضاء والاتفاق .

فيكون المدين ملزمًا بتقديم كفيل بحكم القانون فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك ، ومن هذه الأحوال ما نصت عليه المواد ٩٩٢/١ و٩٩٨ و٢٧٣/٢ و٢٧٤/١ و٤٥٧ من القانون المدنى وكذا المواد ٥٨٨ و٦٠٥ و ٦٠٨ و٨٩٥ و١٠١٠ مدنى ، والمادتين ٢٨٩ و٢٩٠ مرافعات .

ولكن المدين ملزمًا بتقديم كفيل إذا اتفق مع الدائن على أن يقدم له كفيلاً بالدين ، وعند ذلك يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو الاتفاق .

وسواء كان مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل هو القانون أو القضاء أو الاتفاق ، فإن المدين يكون ملزمًا بتقديم هذا الكفيل ليكفل الدين الذى عليه الدائن . ويشترط القانون فى الكفيل شرطين ، نصت عليهما المادة ٧٧٤ مدنى . إذ تقول : « إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصًا موسرًا ومقيمًا فى مصر ... » ، فالشرطان هما :

١- **يسار الكفيل :** فيجب أن يكون الكفيل موسرًا ، أى قادرًا على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ - ص٤٣١ و٤٣٢ و٤٣٣ و ٤٣٤ و٤٣٥ .

الوفاء بالدين الذى كفله إذا اقتضت الحالة ذلك . والمدين الذى قدم الكفيل هو الذى يحمل عبء إثبات يساره ، فيثبت أن للكفيل مالاً ولو شائعاً ، عقاراً أو منقولاً أو كليهما ، يستطيع أن يستوفى الدائن فيه حقه وللدائن أن يثبت أن هذا المال أو بعضه يتنازع فيه أو يصعب التنفيذ عليه لبعده أو لسهولة تهريبه أو سهولة اخفائه لأى سبب آخر ، فيستبعد من مال الكفيل الذى يضمن الدين . كذلك إذا كان المال مرهوناً أو مثقلاً بحق عينى آخر كحق انتفاع وجب أن يستبعد من قيمته ما ثقل به من رهن أو انتفاع أو غير ذلك . والتقنين المدنى الفرنسى (م٢٠١٩) يشترط أن يكون مال الكفيل الذى يثبت يساره عقاراً لا منقولاً ، ما لم يكن الدين المكفول ديناً تجارياً أو ما لم يقدر قاضى الموضوع أن الدين المكفول دين زهيد فيصح أن يكون مال الكفيل منقولاً . ولم يشترط التقنين المدنى المصرى هذا الشرط ، وخيراً فعل ، فيصح أن يكون مال الكفيل منقولاً ، كأن يكون أسهمًا أو سندات أو قيماً منقولة أخرى أو منقولاً ذا قيمة كمجوهرات أو حلى أو غير ذلك .

٢- اقامة الكفيل فى مصر حتى يسهل مقاضاته عند الاقتضاء ، وليس يلزم أن يكون مقيمًا فى موطن المدين كما يشترط التقنين الفرنسى ، بل يكفى أن يكون مقيمًا فى أى مكان فى مصر ، وشرط اقامة الكفيل فى مصر كاف ، ولا يشترط بعد ذلك أن يكون الكفيل مصرى الجنسية بل يصح أن يكون أجنبياً مادام مقيماً فى مصر ، كما لا يشترط فى الكفيل أن يكون متوفراً على حسن السمعة أو عدم الميل إلى الخصومة والتماس ، ما لم يتفق المدين الملتزم بتقديم الكفيل مع الدائن على ذلك إذا كان مصدر الالتزام هو الاتفاق .

فإذا توافر فى الشخص هذان الشرطان صح للمدين تقديمه كفيلاً ، ويجب أن يستمر الكفيل متوافراً على هذين الشرطين مادامت الكفالة قائمة ، فإذا تخلف كلا الشرطين أو شرط منهما بعد تقديم الكفيل وفى المدة التى تبقى فيها الكفالة قائمة بأن أعسر الكفيل بعد يسار أو نقل محل اقامته خارج مصر ، وجب على المدين تقديم كفيل

آخر يحل محله ويكون هذان الشرطان متوافرين فيه ، باستثناء حالة ما إذا كان الدائن قد اشترط شخصاً معيناً لكفالة الدين ففى هذه الحالة يكون الدائن هو الذى طلب شخصاً معيناً لكفالة حقه فقدمه المدين ، فلا يلتزم هذا الأخير بتقديم شخص آخر يحل محله إذا أصبح الذى طلبه الدائن بالذات غير متوافر على الشروط الواجبة . وإذا أعسر الكفيل اعساراً جزئياً ، جاز للدائن أن يطالب كفالة أخرى تكمل كفالة الكفيل الأول . وتقديم كفيل آخر أو استكمال كفالة الكفيل الأول واجب أيضاً فيما إذا اعتقد الدائن خطأ أن الكفيل ملئ ، ولم يكن هذا مليئاً منذ البداية . ولا يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخر إذا مات الكفيل الأول الذى قدمه ، لأن التزام هذا الأخير يبقى فى تركته وكذلك لا يكون المدين ملزماً بتقديم كفيل آخر إذا اتحدت ذمة المدين وذمة الكفيل ، مادام مال كل من الاثنين قد انضم إلى مال الآخر وأصبح المالان خاضعين لحق الدائن .

وتقول المادة ٧٧٤ مدنى سالفة الذكر أن للمدين : « أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً » . ويخلص من ذلك أن المدين إذا كان ملتزماً بموجب القانون أو الاتفاق بتقديم كفيل لدائنه ، فإن له أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً ، كرهن رسمى أو رهن حيازى فيستطيع المدين أن يرهن رهناً حيازياً تأميناً لدين مجوهرات أو حلياً أو نقوداً أو منقولات أخرى ذات قيمة ، كما يستطيع أن يرهن قيماً منقولة لحاملها عن طريق التسليم المادى ، أو قيماً منقولة اسمية عن طريق التحويل ، أو قيماً منقولة اذنية عن طريق التظهير . ويستطيع المدين كذلك أن يرهن لتأمين دينه، بدلاً من الكفالة الشخصية ، عقاراً ، أما رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً ، ولا شئ يمنع من أن يكون التأمين العينى الكافى، الذى يحل محل الكفيل الشخصى ، مرتباً على مال الغير برضاء هذا الغير . كذلك يجوز أن يستكمل المدين يسار الكفيل غير الكافى بتأمين عينى ، فيتخلص من الكفالة الشخصية والتأمين العينى تأمين كاف للدين. هذا وقد وردت فى تقنين المرافعات نصوص خاصة بتقديم الكفالة فى حالة الكفالة القانونية والكفالة القضائية ، فيجب تطبيق هذه النصوص فى

الدائرة المرسومة لها ، وهى المواد ٢٩٢ و٢٩٣ و١٩٤ مرافعات (١) .

٢- لم يذكر التقنين المدنى القديم الشروط التى يجب توافرها فى الكفيل ، وإن كان يفهم ضمنياً من المادة ٥٠٠/٦١٠ منه أن الكفيل يجب أن يكون موسراً ، وكذلك يؤخذ على هذا التقنين أنه أحال فيما يتعلق بكيفية الوفاء بالالتزام بتقديم كفيل على تقنين المرافعات ، مع أن هذه المسألة تتعلق بالموضوع لا بالشكل ، فمن الواجب أن يعرض لها التقنين المدنى بنص صريح .

وقد تفادى المشرع هذه المآخذ بأن بين فى المادة ٧٧٤ مدنى الشروط التى يجب توافرها فى الكفيل ، وكيفية الوفاء بالالتزام بتقديمه .

وقد تبين لنا من الرجوع إلى التعديلات التى أدخلت على هذه المادة أن مجلس النواب كان قد اقترح حذف عبارة : « ومقيماً فى مصر » ، اكتفاء بأن تكون للكفيل أموال فى مصر يجوز التنفيذ عليها . وقد أقر مجلس الشيوخ هذا الحذف . ولكن هذه العبارة عادت فظهرت عند نشر القانون فى الوقائع المصرية . ولا ندرى إن كان ايرادها عن سهو ، أو عن قصد ، ونحن على أى الحالين مقيدون بالنص الرسمى المنشور حتى يصدر مرسوم بتعديله ، مع أن حذف أمر مرغوب فيه إذ العبرة بأموال الكفيل لا بشخصه ، ولا يتأثر هذا الاعتبار بمحل اقامته .

أما مسألة الاستعاضة عن الكفيل فقد صرح المشرع الملتزم بتقديم كفيل أن يقدم بدلاً منه تأميناً عينياً من أى نوع كان ، بشرط أن يكون كافياً (٢) .

٣- التزام المدين بتقديم كفيل ، سواء بنص القانون أو بحكم القاضى أو بالاتفاق فيجب أن ينفذ هذا الالتزام عن الوجه الذى يحقق الغرض منه . ولهذا يشترط القانون فى الكفيل الذى يقدمه المدين

---

(١) الوسيط – ١٠ – للدكتور السنهورى المرجع السابق ص٢٨ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى – للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٥٦٩ و٥٧٠ .

شروطاً خاصة . ومن ناحية أخرى ، فإذا كان الغرض من الالتزام بتقديم كفيل هو الوصول إلى ضمان تنفيذ الالتزام ، فيكفي لتحقيق هذا الغرض أن يقدم الملتزم تأميناً كافياً غير الكفالة . لهذا نص المشرع في المادة ٧٧٤ مدني على أنه : « إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر ، وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً » وهذه الأحكام هي :

أولاً : فيما يتعلق بالشروط التي يلزم توافرها في الكفيل ، صرح المشرع بشرطين ، ولم يعرض لشرط ثالث لبداهته :

١- فيشترط أولاً بنص المادة ٧٧٤ مدني أن يكون الكفيل موسراً ، ويسر الكفيل يعني أن يكون لديه من الأموال العقارية أو المنقولة ، ما يكفي للوفاء بالالتزام المضمون . والحكمة في هذا الشرط ظاهرة ، فإذا لم يكن الكفيل موسراً ما حقق تنفيذ التزام بتقديم كفيل الغرض منه . وتقدير يسر الكفيل مسألة موضوعية تفصل فيها المحكمة إذا نازع الدائن في ذلك ، وهي أن المحكمة لا تدخل في اعتبارها ما لدى الكفيل من أموال لا يجوز الحجز عليها ، كما لا تدخل في ما يثقل أموال الكفيل من حقوق وتكاليف تنقص من قيمتها . ولكن هل تدخل في اعتبارها ما يوجد من أموال الكفيل في الخارج ؟ ليس في المادة ما يدل على وجوب الاعتداد فقط بالأموال الموجودة في مصر . ولكن في الأعمال التحضيرية ما يبين العلة في تغيير ما ورد في المشروع التمهيدي في هذا الخصوص . ونظراً لعموم النص ، وترك مسألة يسر الكفيل لتقدير القاضي ، فلا محل لاشتراط وجود أموال للكفيل في مصر تكفي للوفاء بالالتزام ، وإن كنا نرى أنه كان الأفضل الابقاء على هذا الشرط الذي يبدو لنا أولى بالتقرير من شرط اقامة الكفيل في مصر . وعلى العموم فالأمر متروك للقاضي الذي له الا يعتد بأموال الكفيل الموجودة في الخارج تيسيراً على الدائن .

وعند المنازعة في يسر الكفيل يقع على المدين ، وهو الملتزم بتقديم كفيل موسر ، أن يثبت وجود ما لدى الكفيل من أموال تكفي للوفاء بالإلتزام الذي يراد كفالته ، وعلى الدائن إذا ادعى أن هذا الكفيل مديناً

أن يثبت وجود هذه الديون . وعلى ضوء ما يثبته كل منهما يقدر القاضى مدى يسر الكفيل .

٢- ويشترط ثانيًا ، بنص المادة ٧٧٤ مدنى أن يكون الكفيل الذى يقدمه المدين متواطنًا فى مصر . وإذا كان النص يقول : « ومقيماً فى مصر » فالمسلم أن المقصود هو الاقامة المعتادة أى التوطن ، فلا تكفى الاقامة العارضة . والحكمة من هذا ، كما تقول المذكرة الايضاحية ، هى مراعاة مصلحة الدائن والتسهيل عليه عند مطالبته الكفيل ، ولهذا فلا يلزم أن يكون الموطن العام للكفيل فى مصر ، بل يكفى أن يكون له فيها موطن مختار لتنفيذ الكفالة .

٣- وبالاضافة إلى الشرطين السابقين ، يشترط أن يكون الكفيل كامل الأهلية لابرام عقد الكفالة . وهذا شرط لم ير المشرع داعيًا للنص عليه لبداهته ، فتنفيذ الالتزام بتقديم كفيل لا يتم ويبرئ المدين من هذا الالتزام ، إلا إذا كانت الكفالة صحيحة وهو ما يقضى أن يكون الكفيل أهلاً للكفالة .

ثانيًا : ولما كان الغرض المقصود من الزام المدين بتقديم كفيل ، أيًا كان مصدر هذا الالتزام ، هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلى ، فإنه يكفى لتحقق هذا الغرض أن يقدم المدين تأمينًا آخر يقوم مقام الكفالة . ولهذا نص المشرع فى المادة ٧٧٤ مدنى بعد بيان شروط الكفيل الذى يقدمه المدين على أنه : « ... وله أن يقدم عوضًا عن الكفيل ، رهنًا رسميًا أو رهنًا حيازيًا على عقار أو منقول . ومسألة كفاية التأمين العينى مسألة موضوعية يقدرها القاضى عند المنازعة (١) .

مادة ٧٧٥ - تجوز كفالة المدين بغير علمه ، ويجوز أيضًا رغم معارضته .

---

(١) عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق - ص١٨ وما بعدها .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٨٤ ليبى و٧٤١ سورى و٦٥٧ سودانى و١٠٦٢ لبنانى و١٤٨٨ تونسى و٤٤٨ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

هذه المادة مقتبسة من المشروع الفرنسى الايطالى (م٧١٢) . وهى تقرر الحكم الوارد بالتقنين المصرى (م٤٩٥ فقرة أخيرة / ٦٠٥ فقرة أخيرة) وهو حكم طبيعى تقتضيه القواعد العامة ومادامت الكفالة ، عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق ارادتيهما دون حاجة لرضاء المدين أو علمه . وقد لا يكون هناك موجب لايراد النص سوى الرغبة فى بيان أن المشرع المصرى خرج فى هذا الصدد عن أحكام الشريعة الإسلامية (م٨٦٢ من مرشد الحيران) ، وهى تحرم الكفيل الذى يضمن المدين بدون علمه أو رغم رضاه من حق الرجوع عليه (١) .

رأى الفقه :

١- الكفالة عقد طرفاه الكفيل والدائن . أما المدين فليس طرفًا فيه . فالمطلوب إذن هو رضاء الكفيل والدائن طرفىّ العقد ، ولا حاجة إلى رضاء المدين . فقد تعقد الكفالة بين الكفيل والدائن ، وذلك دون إذن من المدين ، بل قد تعقد الكفالة بين طرفيها دون علم المدين . وأخيراً قد تعقد الكفالة بين طرفيها ، وذلك بالرغم من معارضة المدين . والفرق ما بين هذه الصورة بمجرد توافق ارادتىّ الكفيل والدائن . وإنما يظهر الفرق عند رجوع الكفيل على المدين إذا وفىّ عنه الدين . فإذا كانت الكمبيالة قد عقدت بإذن المدين ، رجع الكفيل عليه بدعوى الفضالة ، وإذا عقدت بعلم المدين أو بغير علمه ، ولكن دون إذنه رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة ، وإذا عقدت بالرغم من معارضة المدين ، رجع الكفيل على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص٤٤٢ .

على أن الكفالة تعقد بإذن المدين ، بل بناء على طلبه ، إذ أن الكفيل إنما يتقدم لمساعدته بكفالته ، فتسبق الكفالة عادة طلب من المدين يوجهه إلى الكفيل ليكفله . فإذا رضى الكفيل بكفالته ، عقد الكفالة مع الدائن دون تدخل المدين ، أو كما يقع فى كثير من الأحيان ذيل الكفيل سند المديونية بين المدين والدائن بإمضائه بوصف أنه كفيل ، فإذا ما فعل شيئاً من ذلك ثم وفىّ الدين عن المدين رجع عليه بدعوى الوكالة ، إذ أن طلب المدين من الكفيل تعتبر توكيلاً فى الكفالة . وقد تكون العلاقة بين الكفيل والمدين متضامناً معه ، والكفيل المتضامن مع المدين احكام يقتضيها هذا التضامن . والكفيل المتضامن مع المدين غير الكفيل المتضامن مع الكفلاء الآخرين على ما سيأتى من أحكام ذلك . وقد يكون الكفيل متضامناً مع المدين ومع الكفلاء الآخرين ، وفى هذا ضمان قوى للدائن إذ يضم إلى ذمة مدينه ذمم كفلاء متعددين ، ويجعل هذه الذمم جميعاً ومنها ذمة مدينه متضامنة .

وقد تعقد الكفالة بين الدائن وكفيل الكفيل أو المصدق فيكون هناك عقدان أحدهما بين الدائن والكفيل وهو عقد الكفالة المعتاد ، والثانى بين الدائن وكفيل الكفيل يكفل بموجبه كفيل الكفيل ، وينزل منزلة الكفيل من كفيل الكفيل منزلة المدين الأصلى .

ولما كانت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن ، فإنها تقتضى التراضى بين الكفيل والدائن ، فيتفق الاثنان على أن الكفيل يكفل المدين الأصلى . ولا يكفى رضاء الكفيل وحده ، بل يجب أيضًا حتى يتم العقد من رضاء الدائن بالكفالة ولو رضاء ضمنيًا . وذلك حتى لو كان الكفيل متبرعاً بكفالته كما هو فى الغالب ، وذلك كعقد الهبة لا بد فيه من رضاء الموهوب له .

أما رضاء الكفيل فجوهرى ، لأن الكفيل هو الذى يلتزم بعقد الكفالة . ولا بد أن يرضى الكفيل بالكفالة ، ويعبر عن هذا الرضاء تعبيراً واضحًا . على أن رضاء الكفيل بالكفالة قد يتخذ أية صورة من الصور مادام رضاءً واضحًا . فقد يبرم الكفيل عقد كفالة بينه وبين الدائن ، وقد يمضى سند المديونية بين المدين والدائن بصفة أنه كفيل

للمدين وقد يتخذ صورة كتاب يرسله الكفيل الدائن يكفل فيه المدين . وقد يعبر الكفيل عن معنى الكفالة بأى تعبير ملائم ودون أن يستعمل لفظ الكفالة .

ويصح أن يتم التراضى بين الكفيل والدائن ، لا عن عقد الكفالة بل على وعد الكفالة ، ولكن لا بد أن يقبل الدائن الوعد حتى يتم عقد الوعد بالكفالة . أما إذا صدر الوعد للمدين لا الدائن وقبله المدين جاز للدائن أن يستخلص من ذلك اشتراطاً لمصلحته فيتولد له حق مباشر من هذا الاشتراط ، إذا تمسك به أمكنه أن يلزم الواعد بوعده .

والكفالة من عقود التراضى لا يشترط انعقادها شكل خاص ، بل كل تعبير عن الإرادة يفيد الرضاء من جانب الكفيل ومن جانب الدائن يكفى لانعقادها ، ورضاء الكفيل – باعتباره متبرعًا – يجب أن يكون صريحًا ، أما الدائن فيكفى أن يستخلص رضاؤه من الظروف والقرائن ، ولذلك جاز أن يكون قبول الدائن بالكفالة قبولاً ضمنياً .

وقد تتخذ الكفالة شكل ورقة تجارية ، أو كمبيالة أو سند اذنى . والأصل أن التزام الكفيل موقع الورقة التجارية هو التزام أصلى لا التزام كفيل تابع . لكن قد يتفق الكفيل مع الدائن أن يوقع له كمبيالة أو سنداً اذنياً على سبيل الكفالة ، ويكون الكفيل فى هذه الحالة متضامناً مع المدين ، لكن تسرى على أحكام الكفيل وبخاصة فى الرجوع على المدين وعلى الكفلاء الآخرين وفى الاحتجاج على الدائن بقدر ما أضاعه هذا بخطئه من الضمانات (١) .

٢- تقرر المادة ٧٧٥ مدنى نفس الحكم الوارد فى التقنين القديم وهو مخالف لأحكام الشريعة الغراء . فمادامت الكفالة عقد بين الكفيل والدائن ، فطبيعى أن تتم بتوافق إرادتيهما دون حاجة لرضاء المدين أو علمه ، ومؤدى ذلك ألا يحرم الكفيل الذى يضمن المدين دون علمه أو رغم رضاه من حق الرجوع عليه (٢) .

---

(١) الوسيط – ١٠ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص٧٠ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٥٧١ .

٣- الكفالة كغيرها من العقود تنعقد برضا طرفيها ، وتخضع فيما يتعلق بوجود الإرادة وصحتها وما يترتب على تخلف شرط من الشروط فى هذا الصدد للقواعد العامة .

ففيما يتعلق بالارادة التى ينعقد بها العقد يؤدى تطبيق القواعد العامة على الكفالة إلى أنها تنعقد بإرادة طرفيها الكفيل والدائن ، أما المدين فليس طرفًا فى العقد وبالتالى فتدخله غير لازم لانعقاده ، فيمكن أن تنعقد الكفالة دون علمه أو حتى رغم معارضته . ونص المادة ٧٧٥ مدنى - فى هذا الشأن - محض تطبيق للقواعد العامة ، فبالاضافة إلى أن المدين ليس طرفًا فى العقد مما يجعل تدخله أو معارضته غير ذى أثر فى انعقاده ، فالقاعدة أو الوفاء بالتزام يصح من غير المدين ولو لم تكن له مصلحة فيه ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته . والكفالة ليست سوى تعهد بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين نفسه فيصدق عليها حكم هذه القاعدة بطريق القياس .

وبالنسبة لتعبير الكفيل عن ارداته فنظرًا إلى خطورة الكفالة بالنسبة إليه تشترط بعض التشريعات ومنها القانون الفرنسى أن يكون التعبير عن الارادة صريحًا ، ولم يرد فى القانون المصرى نص يتطلب التعبير الصريح ، ومع هذا يذهب أكثر الفقهاء إلى أن رضا الكفيل يجب أن يكون صريحًا ، مستندين فى ذلك أولاً إلى خطورة الكفالة بالنسبة إلى الكفيل وإلى أن المشرع يشترط الكتابة لإثبات الكفالة وأخيرًا إلى عبارة وردت فى المذكرة الايضاحية إذ تقول تعليقًا على النص الخاص بعدم جواز الإثبات إلا بالكتابة : « والواقع أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن التزام الكفيل هو أساسًا من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع » .

ويرى البعض- ومنهم الدكتور منصور مصطفى منصور - عدم الأخذ بحكم القانون الفرنسى ، فلا يمكن القول باشتراط أن يكون تعبير الكفيل عن إرادته صريحًا لعدم وجود نص على ذلك . وإذا كانت الحكمة من تطلب رضا الكفيل صراحة هى حمايته نظرًا لخطورة

الكفالة بالنسبة إليه ، فإن هذه الحماية تتحقق بما نصت عليه المادة ١٥١ مدنى من أن الشك يفسر لمصلحة الملتزم (الكفيل) (١) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- كفالة المدين وإن كانت تجوز بغير علمه ورغم معارضته ، إلا أن التزام الكفيل يظل بحسب الأصل تابعاً للالتزام الأصلى ، فلا يقوم إلا بقيامه ، ويكون الكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع المتعلقة بالدين (٢) .

مادة ٧٧٦ – لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٨٥ ليبى و٧٤٣ سورى و٦٥٨ سودانى و١٠٥٦ لبنانى و١٠٨٢ تونسى و٧٥٠/١ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

ينظر – لاحقاً – التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٧٧٧ مدنى .

رأى الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٧٧٦ مدنى أنه متى تكون الكفالة صحيحة وترتب التزاماً فى ذمة الكفيل بضمان الالتزام المكفول ، يجب أن يكون هذا الالتزام الأخير ذاته صحيحاً ، ويكون الالتزام المكفول صحيحاً إذا تولد من مصدر غير عقدى ، أو تولد من مصدر عقدى وكان العقد الذى تولد منه عقداً صحيحاً .

---

(١) عقد الكفالة للدكتور منصور مصطفى – المرجع السابق – ص٢٥ وما بعدها .
(٢) نقض جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٢٣ مدنى ص١٤٨٧ .

ويجب هنا التمييز بين فرضين :

الأول : أن يلتزم شخص بوفاء التزام فى ذمة الغير فيؤمن الدائن بذلك وفاء الالتزام ، وفى هذا الفرض لا يكون هذا الشخص كفيلاً ، بل يكون مديناً أصليًا تعهد بوفاء التزام الغير للدائن ، ولا يهم فى هذه الحالة أن يكون التزام الغير صحيحًا أو باطلاً أو قابلاً للابطال مادام الملتزم بوفائه قد التزم بصفة أصلية لا باعتباره كفيلاً ، ويؤول ذلك عن أن الملتزم بالوفاء قد التزم نحو الدائن بأن المدين لا يتمسك بأوجه البطلان فى الدين وبأنه إذا تمسك بأوجه البطلان فأعلن بطلان الدين أو أبطله فإن الملتزم بالوفاء يقوم بنفسه بوفاء هذا الدين الباطل أو القابل للابطال . ومن ثم لا يكون الملتزم بالوفاء كفيلاً بل مديناً أصليًا ، ويصح أن يكون الدين الذى التزم بوفائه باطلاً أو قابلاً للابطال ولو كان الملتزم بالوفاء كفيلاً أى أن التزامه تابع للدين الأصلى ، لأمكنه أن يتمسك ببطلان الدين الأصلى أو بابطاله كما يتمسك بذلك المدين الأصلى نفسه .

الثانى : أن يكون الملتزم بالوفاء كفيلاً لا مديناً أصليًا ، فيكفل المدين الأصلى فى الوفاء بالتزامه . وهذا هو الفرض الذى يعنينا هنا ، إذ أن التزام الكفيل يكون تابعاً للالتزام الأصلى المكفول، ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحًا كما يقوم نص المادة ٧٧٦ مدنى . فإذا كان الالتزام المكفول باطلاً أو قابلاً للابطال ، أمكن للكفيل كما أمكن للمدين الأصلى أن يتمسك بهذا الدفع ، فيعلن بطلان الالتزام الأصلى أو يبطله ، ومن ثم يصبح الالتزام الكفيل باطلاً .

وهذا ما قصدت إليه لجنة مجلس الشيوخ إذ قالت فى تقريرها : وقد راعت اللجنة فى هذا التعديل أن الكفالة قد يقصد منها ضمان الوفاء إذا كان الالتزام الأصلى باطلاً ، متى انصرفت النية إلى تأمين الدائن من خطر التمسك بالبطلان . ولهذا رؤى أن يقتصر النص على حكم الكفالة التى يقصد منها إلى ضمان الوفاء بالالتزام ، وهى تفترض بطبيعة الحال أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً .

ويؤخذ مما تقدم أن كفالة الالتزام الباطل تكون هى أيضًا باطلة

كالالتزام المكفول . والمفروض فى ذلك أن الكفيل تقدم باعتباره كفيلاً ، لا باعتباره مديناً أصلياً ، فإذا كان الالتزام المكفول فى هذه الحالة باطلاً بطلاناً مطلقاً ، كانت الكفالة وهى تابعة له باطلة مثله . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٨١ مدنى على أن : « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين » ، ومن الأوجه التى يحتج بها المدين الأصلى بطلان التزامه المكفول ، فللكفيل أيضاً أن يحتج بهذا البطلان ، فتكون كفالة الالتزام الباطل باطلة مثله .

ولا يكون الالتزام باطلاً إلا إذا كان التزاماً عقدياً ، أما الالتزام غير العقدى فإن القانون نفسه لا الارادة هو الذى يتكفل بانشائه وبإستمداده من مصدره فلا يكون باطلاً . فالالتزام الباطل إذن هو الالتزام الذى يراد انشاؤه بعقد باطل ، والعقد يكون باطلاً إلا اختل أحد أركانه ، فانعدام ركن التراضى مثلاً أو كان محله غير معين أو مستحيلاً أو غير مشروع أو كان سببه غير مشروع أو كان غير مستوف للشكل الذى يتطلبه القانون .

والأمثلة على العقد الباطل كثيرة ، من ذلك دين المقامرة أو الرهان ، ودين الربا الفاحش فيما زاد على مقدار الفائدة المسموح بها قانوناً ، والدين الذى يكون محله غير موجود أو مستحيلاً أو غير مشروع ، والدين الذى يقوم على سبب غير مشروع ، والدين الذى يكون مصدره التعاقد على شركة مستقبلة ، والدين الذى يكون مصدره هبة باطلة فى الشكل . كل هذه ديون باطلة لأن مصدرها عقد باطل ، وعلى ذلك لا تجوز كفالتها ، ويكون التزام الكفيل فى هذه الحالة باطلاً بطلان الالتزام الأصلى المكفول (١) .

٢- تقرر المادة ٧٧٦ مدنى أن حكم الكفالة هو حكم الالتزام المكفول، فلا تكون صحيحة إلا إذا كان هذا الالتزام صحيحاً ، ولو انصرفت النية إلى تأمين الدائن من التمسك ببطلان الالتزام الأصلى (٢) .

---

(١) الوسيط ١٠ للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص٣٩ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٥٧١ .

٣- إذا كان محل التزام الكفيل هو تنفيذ الالتزام الأصلى ، فإن شرط الامكان يقتضى وجود التزام أصلى يضمن الكفيل تنفيذه ، فإذا لم يوجد التزام يضمنه الكفيل كان محل التزام الكفيل مستحيلاً فى ذاته وبالتالى يعتبر عقد الكفالة باطلاً ، فالصفة التبعية لالتزام الكفيل تحول دون نشوئه إذا لم ينشأ الالتزام الأصلى ، وتطبيقاً لهذا الشرط نصت المادة ٧٧٦ مدنى على أنه : « لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان التزام المكفول صحيحاً » . وعلى هذا إذا كان الالتزم الأصلى ناشئاً عن عقد باطلا بطلاناً مطلقًا أيًا كان سبب البطلان فلا تنعقد الكفالة أى تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً (١) .

مادة ٧٧٧ – من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزمًا بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٨٦ ليبى و٧٤٣ سورى و٦٥٩ سودانى و٢/٧٥٠ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

نقل المشرع نص المادة ١١٣٥ بفقرتيها عن المادة ٧١٠ من المشروع الفرنسى الايطالى . وهو يطابق فى أحكامه المادة ٦٠٥/٤٩٦ من التقنين الحالى مع شئ من الايضاح . أما التقنين الفرنسى (م٢٠١٢ فقرة ٢) فإنه يصحح كفالة التزام ناقص الأهلية حتى لو كان الكفيل يجهل وقت العقد نقص أهلية المدين . وقد أثار هذا الحكم كثيراً من أوجه الخلاف والنقد الشديد . ولذلك عدل عنه المشرع المصرى ، قرر أن كفالة التزام ناقص الأهلية لا تكون صحيحة إلا إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية . وكذلك فعلت معظم التقنينات الحديثة ، كما أن

---

(١) عقد الكفالة للدكتور منصور مصطفى – المرجع السابق – ص٢٩ و٣٠ .

الشريعة الإسلامية تقضى هى أيضًا بهذا الحكم (م٨٤١ من مرشد الحيران) .

ويلاحظ أن التزام الكفيل فى هذه الحالة ليس التزامًا تبعيًا يستند إلى التزام أصلى ، بل إن الكفيل يلتزم بصفة أصلية لا باعتباره كفيلاً . ذلك أن من كفل قاصرًا فى عقد وهو عالم بقصره كان ضامنًا له فى أداء التزامه إذا لم يتمسك القاصر ببطلان العقد ، وكان مسئولاً بصفة أصلية عن أداء الالتزام إذا تمسك القاصر بالبطلان ، كل هذا ما لم يقم دليل على ما يخالفه . هذا وقد أورد التقنين البولونى فى المادة ٦٢٦ نصًا يقرب من هذا المعنى إذ يقضى بأن من كفل التزامًا باطلاً بسبب نقص أهلية المدين ، يكون ملزمًا بتنفيذه كمدين أصلى إذا كان وقت الكفالة يعلم أو كان من الواجب عليه أن يعلم نقص أهلية المدين (١) .

رأى الفقه :

١- نص المادة ٧٧٧ مدنى مقصور على كفالة ناقص الأهلية ، أى إذا كان الالتزام الأصلى قابلاً للابطال بسبب نقص الأهلية ، ولكن القابلية للابطال قد يكون لها سبب آخر غير نقص الأهلية ، فقد يكون سببها عيبًا فى الرضا مشوبًا بالغلط أو بالتدليس أو بالاكراه أو بالاستغلال وقد يكون سبب القابلية للابطال نصًا فى القانون ، كما هو الأمر فى بيع ملك الغير ، فقد ورد نص على أن هذا البيع فيما بين البائع والمشترى قابل للابطال لمصلحة المشترى .

فإذا كان سبب القابلية للابطال غير نقص الأهلية ، بأن كان السبب عيبًا فى الرضا أو نصًا فى القانون ، وجب تطبيق القواعد العامة ، إذ لم يرد نص فى هذا الصدد . ولما كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون الالتزام قابلاً للابطال لعيب فى الرضا أو لنص فى القانون ، فإن الكفيل والتزامه تابع للالتزام الأصلى المكفول يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع ، وإذا رجع عليه الأداء تمسك بأن التزامه قابل للابطال كالتزام المدين

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص٤٤٨ و٤٤٩ .

الأصلى . وعلى ذلك إذا كفل شخص مديناً بعقد يشوبه غلط أو تدليس أو اكراه ، أو كفل شخص مشترياً من غير المالك ، جاز للكفيل أن يتمسك بأن التزامه ككفيل هو أيضًا قابل للابطال كالتزام المدين الأصلى .

وقد قيل – فى صدد مشروع تلك المادة – بمجلس الشيوخ : « إذا كان الكفيل يجهل نقص أهلية المدين الأصلى ، كان التزام الكفيل قابلاً للابطال كالإلتزام الأصلى وهذا بخلاف ما إذا كان الكفيل يعلم نقص الأهلية فإنه لا يستطيع أن يتمسك بهذا ولكنه يبقى كفيلاً ، وبخلاف ما إذا كان الكفيل كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته فإنه لا يستطيع أن يتمسك بنقص الأهلية بل لا يكون كفيلاً أصلياً إذ هو مدين أصلى » وقيل أيضًا أمام لجنة مجلس الشيوخ فى هذا المعنى إن هناك صوراً ثلاثا ، هى « ١- أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته ، ففى هذه الحالة يجوز له التمسك بنقص أهليته . ٢- أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية وهو يعلم بنقص أهليته ، وفى هذه الحالة لا يستطيع الاحتجاج بنقص الأهلية . ٣- أن يكفل الكفيل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته بقطع النظر عن اجازته ، واراد أيضًا أن يكفل القاصر ولو أجاز الالتزام ولكنه لم ينفذه » .

ويستخلص مما تقدم أن فى كفالة ناقص الأهلية ، وهو القاصر المميز ومن فى حكمه ، المحجور عليه بسبب غفلة أو سفه وبوجه عام كل من كان عقده قابلاً للابطال بسبب نقص الأهلية ، يجب التمييز بين فروض ثلاثة :

الأول : أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو غير عالم بنقص أهليته وفى هذا الفرض يكون الكفيل كفلاً لا مديناً أصليًا ، وتسرى جميع أحكام الكفالة ومن هذه الأحكام أن للكفيل أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها المدين الأصلى ، وعلى ذلك يستطيع أن يتمسك الكفيل بقابلية الدين للابطال ، وأن يبطل الكفالة تبعًا لذلك . ويكون له التمسك بهذا الدفع ، سواء تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بقابلية دينه للابطال فأبطله ، أو لم يتمسك بهذا الدفع وأجاز

العقد الأصلى القابل للابطال ، ذلك بأن الكفيل ، وقت أن كفل ناقص الأهلية ، كان لا يعلم بنقص أهليته . فلا يتعرض عليه بأنه كان عالماً بنقص الأهلية وبأنه ناقص الأهلية إلا لم يتمسك بنقص أهليته وأجاز العقد لم يجز للكفيل أن يتمسك هو بنقص الأهلية . فالمدين الأصلى لا يستطيع أن يسوئ بعمله اى باجازته للعقد مركز الكفيل .

الثانى : أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية وهو عالم بنقص أهليته : وفى هذا الفرض يكون الكفيل كفيلاً أيضًا لا مدينًا أصليًا ، وتسرى جميع أحكام الكفالة . إلا أن هذا الفرض يختلف عن الفرض السابق فى أن الكفيل يعلم نقص أهلية المدين الأصلى ، فيكون بعمله هذا نازلاً حتماً عن التمسك بعدم الأهلية فيما إذا نزل عنه المدين الأصلى وأجاز العقد . وعلى ذلك إذا تمسك المدين الأصلى ناقص الأهلية بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلى جاز للكفيل أيضاً ، كما فعل المدين الأصلى ، أن يتمسك بنقص الأهلية وأن يبطل عقد الكفالة . وفى هذا يستوى هذا الفرض مع الفرض السابق . أما إذا نزل المدين الأصلى عن التمسك بنقص أهليته وأجاز العقد ، فإن الكفيل خلافًا للفرض السابق ، لا يستطيع أن يتمسك هو بنقص الأهلية ، يعتبر أنه قد نزل عن هذا الدفع لأنه كان يعلم وقت أن كفل المدين أن هذا الأخير ناقص الأهلية .

الثالث : أن يكون الكفيل قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، وهذا الفرض هو الذى عرضت له المادة ٧٧٧ مدنى . والمفروض أن كلاً من الكفيل والدائن والمدين الأصلى عالم بنقص أهلية هذا الأخير ، وبأن العقد الذى أبرمه هذا الأخير مع الدائن قابل للابطال . فيجوز للمدين أن يبدله ، وتوقعاً لهذا الاحتمال عقدت الكفالة إذ هى لم تعقد لا بسبب نقص أهلية المدين الأصلى (١) .

٢- تستثنى المادة ٧٧٧ من التقنين المدنى التزام ناقص الأهلية ، فتقرر انها تكون صحيحة إذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين . ويلاحظ أن الكفيل يلتزم فى هذه الحالة بصفة أصلية ، فضلاً عن

---

(١) الوسيط – ١٠ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص٤٣ وما بعدها .

التزامه التبعى باعتباره كفيلاً فيكون التزام الكفيل تبعاً إذا لم يتمسك القاصر بالبطلان ، يكون ملزماً بتنفيذ الالتزام كمدين أصلى إذا تمسك القاصر بالبطلان . فقد يقوم ناقص الأهلية بالوفاء ، ويكون وفاؤه صحيحاً متى تم بعد زوال نقص أهليته أو بعد إجازه وليه أو وصيه . ولذلك حرص المشرع على أن يراعى فى صياغة النص ابراز فكرة أن المدين الأصلى هو ناقص الأهلية .

ويلاحظ أيضاً أنه لا يكفى لصحة كفالة ناقص الأهلية علم الكفيل دون الدائن بنقص أهلية المدين ، بل المقصود من عبارة كون الكفالة « بسبب نقص الأهلية » هو أن يكون كل من الدائن والكفيل عالمين بنقص الأهلية عند التعاقد ، وأن تنصرف نيتهما إلى ضمان الوفاء بهذا الالتزام الباطل (١) .

٣- لبيان مدى اتفاق نص المادة ٧٧٧ مدنى مع القواعد العامة . والحكم الذى يحتاج إلى بيان هو بقاء الكفيل ملتزمًا بعد أن يتقرر بطلان العقد المنشئ للالتزام الأصلى . والمسلم بغير خلاف أن الكفيل يلتزم بعد ابطال العقد لا باعتباره كفيلاً ولكن بصفته مديناً اصلياً، ولكن كيف يتحقق هذا من الناحية الفنية ؟ هذه مسألة أخلاقية ، والرأى الذى يفضله الدكتور منصور مصطفى منصور أن من يكفل التزام ناقص الأهلية وتكون الكفالة بسبب نقص الأهلية يبرم عقداً مركبًا يتضمن كفالة وتعهداً عن الغير يتعهد فيه الدائن بألا يستعمل المدين حقه فى طلب الابطال ويتعهد فى الوقت نفسه بأن يقوم ، على سبيل التعويض ، بتنفيذ الالتزام الأصلى إذا أخل بتعهده عن الغير بأن طلب المدين الابطال . وعلى ذلك فما بقى الالتزام الأصلى قائماً يبقى الكفيل ملتزماً بصفة تبعية باعتباره كفيلاً . أما إذا طلب المدين الابطال وحكم له بذلك فزال الالتزام الأصلى بأثر رجعى ، زال التزام الكفيل تبعاً لذلك بأثر رجعى ، لكن يتحقق بذلك الاحلال بالتعهد عن الغير فيلتزم الكفيل المتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلى على سبيل التعويض لأنه أخل

---

(١) التقنين المدنى – الدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٥٧١ و٥٧٢.

بالتزامه الناشئ عن التعهد عن الغير ، ويكون التزامه هذا التزاماً أصلياً غير تابع لغيره .

يخلص من هذا أن بقاء الكفيل ملتزماً رغم بطلان الالتزام الأصلى وفقاً لنص المادة ٧٧٧ مدنى لا يتضمن خروجًا عن مقتضى القواعد العامة أى أنه كان من الممكن اعمال الحكم المنصوص عليه لو لم يضع المشرع هذا النص . ولهذا نرى التسوية فى الحكم بين كفالة التزام ناقص الأهلية وكفالة الالتزام الناشئ من عقد قابل للابطال لعيب فى الرضا إذا عقدت بسبب ما يهدد العقد من قابلية للابطال أى إذا قصد المتعاقدان أن يؤمن الكفيل الدائن ضد خطر طلب المدين ابطال العقد لعيب فى إرادته . ولكن لا يصح تعميم هذا الحكم ليشمل حالات البطلان المطلق ، إذ لا تنشأ الكفالة أصلاً لعدم وجود الالتزام الذى أريد كفالته . كما لا يصح أن يتعهد شخص عن المدين بعدم تمسكه بالبطلان المطلق لأن هذا البطلان متعلق بالنظام العام فيكون التعهد عن الغير نفسه باطلاً لمخالفته للنظام العام (١) .

مادة ٧٧٨ – تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى .

على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة ، كان له فى أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٨٧ ليبى و٧٤٤ سورى و٦٦٠ سودانى و١٠٥٧ لبنانى و١٤٨٣ تونسى و٧٤٩ كويتى .

---

(١) عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفى – المرجع السابق – ص٣٠ وما بعدها .

الأعمال التحضيرية :

كفالة الالتزامات المستقلة أو الشرطية جارية في العمل ، على الأخص في عقود الحساب الجارى وفتح الاعتماد والقضاء والفقه مجمعان على صحتها رغم عدم وجود نص في التقنين الحالي . وقد رأى المشروع من المناسب أن يسلك بشأنها مسلك التقنينات الحديثة ، فنص صراحة على جواز كفالة الالتزام المستقبل والالتزام الشرطي .

على أنه ، حماية للكفيل ، وهو شخص يتورط عادة دون أن يجنى من وراء كفالته ربحاً ما ، قرر المشروع وجوب تحديد مبلغ معين تصبح في حدوده كفالة الالتزام المستقبل ، كما قرر أيضاً أن كفالة الالتزام المستقبل التي لأجل غير محدد يجوز الرجوع فيها طالما لم ينشأ الالتزام بعد . القضاء المصرى يؤيد هذا الاتجاه (انظر على الأخص استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ ب ١٩ ص١٠٠ ، ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ ب ٢٦ ص٧٦) .

والمادة ١١٣٦ في مجموعها تطابق المادتين ٦٢٧ و٦٢٨ من التقنين البولوني [1] .

رأى الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٧٧٨ مدنى أنه تجوز كفالة الدين الشرطي ، وتجوز كفالة الدين المستقبل .

أما كفالة الدين الشرطي فلا شك في جوازها طبقاً للقواعد العامة ، سواء كان الدين الأصلي المكفول معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف . فالدين المعلق على شرط فاسخ . فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار الدين الأصلي باتاً ، وكذلك يكون باتاً التزام الكفيل . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن الدين الأصلي ينفسخ بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ، وكذلك ينفسخ التزام الكفيل ويعتبر كأن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص٤٥٤ و٤٥٥ و٤٥٦ و٤٥٧ .

لم يكــن . وكـذلك لا شك فى جـواز كــفـالة الديـن المعلق علـى شــرط واقــف ، لأنه وإن لـم يكن نافـياً دين مـوجود ، فـيكفله الكفـيل ، ويكون التزامـه كالالتزام المكفول معلقـًا على شرط واقف . فـإذا تخلف الشرط الواقف زال الديـن الأصلى بأثر رجـعى واعـتبـر كـأن لـم يكن . وكـذلك يزول التزام الكفيل ، ويعتبر كأن لم يكن . فيصبح التزام كل من المدين الأصلى والتـزام الكفـيل نافـذًا باتًا . وتسـرى فـى هذه الحـالـة أحكـام الكفالة .

وكذلك تجوز كفـالة الدين المستقبل وإن كان ديناً غـير موجود وقت الكفـالة ، وذلك باستثناء الالتزام فى تركة مسـتقبلة فـإنه باطل وتبطل تبعاً له الكفـالة . ومثل الدين المسـتقـبل فتح اعتماد فـتجوز كفالته ، كما تجـوز كفـالة الدين الاجـتمـاعى لأنه دين مسـتـقـبل ، فإذا فـتح شـخص اعتماداً فى مصـر ، جاز أن يقدم كفيلاً يضـمن مـا عسـى أن يقبض المدين من هذا الاعـتمـاد وبـالقـدر الذى يقـبض ، وذلك قـبل أن يـقـبض المدين شيـئاً من الاعتماد ، وكـذلك يستطيع أن يقـدم شـخص كـفيلاً يضـمنه فـيمـا عسى أن يشـتـريه من متـجر مـعين فـيكون الكفـيل ضـامناً لثمن البضائع التى يشتريها المدين الأصلى .

وتكون كـفالة الدين المسـتـقبل قـائمـة ويكون الكفـيل ملـزمًا بهـا ، وحـتى قبل أن يوجـد هذا الدين ، لكن الكفـيل يكون ملتزمًا بأى مقـدار من المال قـبل أن يوجد الدين ، فـإذا مـا وجد كـفالة المدين بالمقـدار الذى به يوجد .

ولكن نص المادة ٧٧٨ مدنى وضـع لكفالة الدين المسـتقبل قيدين :

الأول : يجب فى الدين المسـتقبل المكفـول أن يحدد مـقدماً فى عـقد الكفالة مـقـدار الدين المكفـول ، فـإذا كـفل شـخص فـتح اعـتمـاد أو ثمن بضـائع لـم تشتر بعـد ، وجب تحديد المقـدار الذى كفله الكفـيل ، فـيذكر مثلاً فى عقد الكفالة أن الكفيل يكفل الاعتماد لغاية مـبلغ كذا أو يكفل ثمـن البضـائع لغـاية مـبلغ كـذا . والسـبب فى وضـع هذا القـيـد حـماية الكفيل . فهو يقوم على كفالة دين مستقبل لما وجد ، فلا أقل من تحديد مـبلغ يكفله حـتى لا يتورط فى كـفالة دين لم يوجـد ولا يعلم مقـداره ،

وقد كانت القواعد العامة تقضى ، إذا لم يوجد نص ، بجواز كفالة الدين المستقبل حتى لو لم يحدد مقداره .

الثانى : وهو ما ينص عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٧٨ مدنى . فإذا عين الكفيل مدة لقيام كفالته ، لم يجز له أن يرجع فى الكفالة طوال هذه المدة يوجب عليه وفاء الدين عن المدين الأصلى متى وجد الدين وحل ولم يوفه المدين الأصلى فى خلال هذه المدة . أما إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته أو عين مدة للكفالة لم يرجع الكفيل فى خلالها الدين المكفول ، فإن الكفيل عندئذ لا يستطيع الرجوع فى الكفالة ويبقى ملتزمًا بها حتى قبل نشوء الدين المستقبل مادام لم يعين وقتاً لقيام كفالته وينقص هذا الوقت قبل نشوء الدين (١) .

٢- لا مقابل للمادة ٧٧٨ من التقنين الدنى فى التقنين القديم ، وهى تقرر ما جمع عليه الفقه والقضاء من جواز كفالة الالتزامات المستقبلة الشرطية ، وهذه الكفالة جارية فى العمل ، وعلى الأخص فى عقود الحساب الجارى فتح الاعتماد .

وتؤيد هذه المادة اتجاه القضاء المصرى ، فتشترط لالتزام الكفيل بضمان الالتزام المستقبل ، شرطان : أ- تحديد مبلغ معين يلتزم الكفيل فى حدوده . ب- تحديد أجل الكفالة هذا الالتزام ، فإذا كانت الكفالة لأجل غير محدد ، فيجوز الرجوع فيها طالما لم ينشأ الالتزام الأصلى بعد (٢) .

٣- كثيراً ما يحدث فى العمل أن يكفل شخص التزاماً لم ينشأ بعد ، وذلك على الخصوص فى فتح الاعتماد حيث يتعهد الكفيل للبنك بمقتضى عقد الكفالة بضمان تنفيذ الالتزام الذى ينشأ فى ذمة العميل الذى فتح الاعتماد لمصلحته ، فيما بعد أى بعد الكفالة . ويشترط للمبلغ الذى يكفله الكفيل، وذلك حماية للكفيل وهو، كما تقول المذكرة

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص٥٠ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى - للدكتور محمد على عرفه - المرجع السابق ص٥٧٢ و٥٧٣ .

الايضاحيـة ، شخـص يتورط عادة دون أن يجنى من وراء كـفالته ربحاً ما ، فإذا لم يحدد مقدماً المبلغ المكفول كانت الكفالة باطلة .

ولما كانت الـكفالة ، وهى عـقـد تبـعى ، تنشـأ قـبل نـشـأة الالتـزام الأصلى ، فـقـد أثيـر التسـاؤل عن الأسـاس الفنى لوجـودها رغم عـدم وجـود الالتـزام الأصلى . والرأى السـائد أن الكفـالة تنعـقـد مـعلقـة على شـرط واقـف هـو وجـود الالتـزام الأصلى . وينتـقـد البـعض هذا الرأى وينتهى إلى أن المشـرع يستثنى كفالة الالتزام المستقبل من قاعدة وجوب ارتكازهـا على التـزام مـوجـود عند انعـقـادها . وعندنا (د. منصـور مصطفى) أنه لا استثناء فى اجازة كفالة الالتزام المستقبل ، فالقاعدة أنه « يجـوز أن يكون محل الالتـزام شيـئًا مسـتقـبلاً » (م١/١٣١ مـدنى) ، فكما يجوز بيع الشئ قبل وجـوده يجـوز كفالة الالتـزام قبل وجـوده ، فيكفى أن يكون الـشئ ممكن الوجـود حتى ينعـقـد العـقـد ، أما وجـود الشئ فعلاً فهو شرط يعلق عليه نفاذ الالتزام .

فإذا انتـهينا إلى أن نفاذ الـتزام الكفـيل مـعلق على وجـود الالتـزام الأصلى ، فإلى مـتى يبقـى الكفيل مـرتبطاً بتـعـهده ؟ هـذا ما عـرض له المشـرع فى المادة ٢/٧٧٨ مـدنى . ومن نص تلك المادة يتـضـح أنه يجب التفرقة بين فرضين :

الأول : وهو ما عرض له المشـرع صراحة ، أن تنعقد الكفالة دون أن تعين فيها مدة يبقى فيها الكفيل ملتـزماً ، وهنا يعتبر العقد غير محدد المدة ، فلا يمكن أن يلتـزم الكفيل إلى الأبد ، ويكون تحديد المدة متـوقفاً على مشيـئته ، فإذا أخطر الدائن برجوعـه فى الكفالة واتصلت إرادته فى هذا بعلم الدائن قـبل أن ينشـأ الدين المكفول كلـه أو بعضـه ، فتبرأ ذمـة الكفـيل من الالتـزام ولا يمكن أن يسـأل عن شئ إذا نشـأ الدين المكفـول بعد ذلك . وقد روعى فى هذا الحكم مصلحة الكفيل ، وفى الوقت نفسه لا يضر بمصلحة الدائن الذى له إذا مـا علم برجوع الكفيل أن يمتنع عن انشاء الالتزام إذا كان حريصاً على كفـالته ، أما إذا كان الدين المكفول قد نشأ كله أو بعضـه قـبل أن يصل رجوع الكفيل إلى علم الدائن فلا يكون لهـذا الرجوع أى أثر على التـزام الكفـيل بضـمـان ما نشـأ منه ، ولكن إذا

كان بعض الدين الأصلى قد نشأ دون البعض الآخر ، فلا يضمن الكفيل ما ينشأ بعد رجوعه .

والثانى : أن تعين مدة فى الكفالة لنشوء الدين المكفول ، كأن يتفق على أن يضمن الكفيل للبنك ما ينشأ فى ذمته عميل معين له خلال سنة فى حدود ألف جنيه . وهنا يبقى الكفيل ضامنًا لكل ما نشأ من الدين المكفول خلال المدة المعينة فى حدود المبلغ المتفق عليه ، فإذا انقضت المدة ولم ينشأ شئ من الدين المكفول برئت ذمة الكفيل نهائيًا ، وإذا نشأ خلال هذه المدة دين أقل من الحد المتفق عليه فيقتصر ضمان الكفيل على هذا الدين ، ولا يضمن ما ينشأ بعد ذلك .

وليس هناك ما يمنع من كفالة الالتزام المعلق على شرط ، سواء كان الشرط واقفًا أو فاسخًا ، وقد نص المشرع على ذلك فى المادة ١/٧٧٨ مدنى بقوله : « ... كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى » ويترتب على تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلى أن يرتبط مصير الأول بمصير الثانى وفقًا لتحقيق الشرط أو تخلفه . فإذا تحقق الشرط فأصبح الالتزام الأصلى نافذًا ، أصبح التزام الكفيل كذلك نافذًا ، وإذا تخلف الشرط فزال الالتزام الأصلى زال التزام الكفيل . وإذا كان الشرط فاسخًا فيكون الالتزام الأصلى ، قبل تحققه ، نافذًا وكذلك التزام الكفيل ، أما إذا تحقق الشرط فيزول الالتزام الأصلى وكذلك التزام الكفيل[1] .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- كفالة الالتزامات الناشئة عن الحساب الجارى هى كفالة لدين مستقبل لا يتعين مقداره إلا عند قفل الحساب وتصفيته واستخراج الرصيد ، ومن ثم فلا تصح هذه الكفالة – وفقًا لنص المادة ٧٧٨ من القانون المدنى – إلا إذا حدد الطرفان مقدمًا فى عقد الكفالة قدر الدين الذى يضمنه الكفيل . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر

---

(١) عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفى – المرجع السابق – ص٣٥ وما بعدها .

فى قضائه وانتهى إلى أن العقد المبرم بين الطرفين قد تضمن كفالة المدين فى توريد ... قنطاراً من القطن فى حدود المبلغ الذى تسلمه وهو ... جنيهًا وقد ورد المدين أقطاناً تزيد قيمتها على هذا المبلغ ، ولم يتضمن العقد تحديداً لأى مبلغ يكفله المطعون ضده عن رصيد الحساب الجارى للعمليات الأخرى مما يجعله غير مسئول عن كفالة هذا الرصيد ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه .

إن التزام الكفيل - متضامناً كان أو غير متضامن - هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلى وذلك على خلاف المدين المتضامن مع مدينين آخرين ، فإنه يلتزم التزاماً أصلياً مع سائر المدينين .

وإذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده كان كفيلاً للمدين الأصلى فى تنفيذ التزام هذا الأخير قبل الشركة الطاعنة ، ولم يكن مديناً أصليًا معه فى هذا الالتزام ، فإن الحكم المطعون فيه - إذ أجرى أحكام الكفالة على التزام المطعون ضده - لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (١) .

٢- تجوز كفالة الدين المستقبل طبقاً لأحكام القانون المدنى القديم الذى نشأ الالتزام بالكفالة موضوع النزاع فى ظله ، ولم يتعين المبلغ موضوع هذه الكفالة مقدماً ، مادام تعيينه ممكناً فيما بعد (٢) .

٣- يلاحظ أن هذا الحكم طبق القواعد العامة التى تجيز كفالة الدين المستقبل حتى لو لم يحدد مقداره وذلك لخلو القانون المدنى القديم السارى على الواقعة محل الحكم من نص مماثل للمادة ٧٧٨ مدنى التى أوجبت تحديد الدين المكفول مقدماً ، الكفالة فى عقد فتح الاعتماد ، لا تضمن إلا التزام العميل الناشئة عن تنفيذ هذا العقد وحده ، ولا يمتد إلى الالتزامات التى تنشأ فى ذمته قبل فتح الاعتماد أو بعده أو مخالفة لشروطه (٣) .

---

(١) نقض جلسة ١٩٧٢/٣/١٥ الطعن ٦٩٠ لسنة ٤٠ق لم ينشر بعد .
(٢) نقض جلسة ١٩٧٢/٥/٩ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٣ مدنى ص٨٢٠ .
(٣) نقض جلسة ١٩٧٢/٢/٩ - المرجع السابق - ص٢٦٨ .

مادة ٧٧٩ – **كفالة المدين التجارى تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضـ ـناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائماً عملاً تجارياً .**

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٨٨ ليبى و٧٤٥ سورى و١٠١٦ عراقى .

الأعمال التحضيرية :

ليس على هذه المادة تعليق – بالأعمال التحضيرية – يستحق التنويه به .

رأى الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٧٧٩ مدنى أن الأصل فى الكفالة أن تعتبر عملاً مدنياً . وتبقى الكفالة عملاً مدنياً ، بالنسبة إلى الكفيل ، حتى لو كان الالتزام المكفول التزاماً تجارياً ، وذلك استثناء من القاعدة التى تقضى بأن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول ، بل تبقى الكفالة مدنيًا ، حتى لو كان الالتزام المكفول التزامًا تجارياً ، وكان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفسه تاجراً أيضاً . وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء فى فرنسا ، والسبب فى ذلك أن العمل التجارى يجب أن يكون قائماً على فكرة المضاربة ، والأصل فى الكفالة أن يكون الكفيل متبرعًا لا مضارباً ، فهو إذن لا يقوم بعمل تجارى بل بعمل مدنى . وتظهر أهمية أن الكفالة هى فى الأصل عمل مدنى من جانب الكفيل فى الاختصاص فتكون المحكمة المدنية هى المختصة إذا كان الكفيل هو المدعى عليه ، وفى الإثبات فتثبت الكفالة بالنسبة إلى الكفيل بالطرق المدنية فى الإثبات فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كان التزام الكفيل أكثر من عشرين جنيهًا ، وفى سعر الفائدة فتحسب الفوائد التأخيرية على الكفيل بالسعر المدنى (٤٪) لا بالسعر التجارى (٥٪) .

ونص المادة ٧٧٩ مدنى لم يورد إلا استثنائين للقاعدة التى تقضى بأن الأصل فى الكفالة أن تكون عملاً مدنياً ، فتكون الكفالة تجارية فى القانون فى الحالتين الآتيتين :

الأولى : إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً ، والأوراق التجارية هى الكمبيالة والسند الاذنى والشيك ، وقد نظمت المواد ١٣٨ و١٣٩ و١٤٠ و١٤١ من قانون التجارة أحكام الضمان الإحتياطى .

ويكفى أن تقول إن التزام الضامن الاحتياطى ، وهو كفيل للساحب أو المحل ، يعتبر التزاماً تجارياً لا التزاماً مدنياً .

الثانية : إذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير الأوراق التجارية، وذلك فى تحويل الأوراق التجارية الاذنية، ويكفى القول إن الورقة التجارية الاذنية تنتقل ملكيتها بالتحويل ، والتحويل يتم بالتظهير . وكل محيل للورقة التجارية الاذنية يعتبر كفيلاً بالتضامن مع المدين، والالتزام الذى يترتب فى ذمته باعتباره كفيلاً يعتبر التزاماً تجارياً لا التزاماً مدنياً (١).

٢- لما كانت الكفالة ، بحسب الأصل ، من أعمال التبرع ، حيث يقصد الكفيل إلى أداء خدمة بغير مقابل ، فتعتبر بحسب الأصل عملاً مدنياً ، سواء كان الالتزام الأصلى مدنياً أم تجارياً ، وسواء كان الكفيل تاجراً أو غير تاجر ، لأن نية التبرع تتنافى مع فكرة العمل التجارى . ولحسم كل خلاف حول الصفة المدنية للكفالة إذا كان الدين المضمون تجارياً أو أن الكفيل تاجراً ، نص المشرع فى المادة ١/٧٧٩ مدنى على أن : « كفالة الدين التجارى تعتبر عملاً مدنيًا ولو كان الكفيل تاجراً » . وعلى هذا فالكفالة لا يمكن أن تصبح عملاً تجارياً بالتبعية .

فإذا استبعدنا تطبيق فكرة العمل التجارى بالتبعية ، فتبقى قواعد القانون التجارى الخاصة ببيان الأعمال التجارية بطبيعتها أو بنص القانون لتطبق على الكفالة ، فإذا كان الكفيل تاجراً ويحترف كفالة

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص٦٧ وما بعدها .

الأشخاص بمقابل ، فتعتبر الكفالة التى يعقدها عملاً تجارياً ، وكل كفالة يكفل بها بنك شخصاً من الأشخاص تعتبر عملاً تجارياً .

ودفعاً لما قد يثور من شك حول الصفة التجارية لكفالة غير التاجر الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق ، أكد المشرع صفتها التجارية بقوله فى المادة ٢/٧٧٩ مدنى ، على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق ، تعتبر دائماً عملاً تجارياً (١) .

٣- يجمع الشراح على اعتبار خطابات الضمان التى تصدرها البنوك- كطلب المقاولين والتجار - من قبيل عقود الكفالة ، واتفقوا كذلك على اعتبارها كفالة تضامنية ، سواء نص على ذلك صراحة أم لم ينص عليها ، على الرغم مما نص عليه الماة ٧٧٩ مدنى .

فإذا كان الثابت أن خطاب الضمان فى نظر المتعاقدين يحل محل التأمين النقدى الذى يكون تحت تصرف الدائن ويقوم مقامه تماماً ، فإنه لا يمكن وصف هذا العقد بأنه كفالة ، إذ الكفالة على حد تعريف القانون المدنى هى عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه .

وظاهر أنه فى حالة الكفالة فإن الكفيل إنما يضمن تنفيذ ذات التزام المدين ويعلق هذا التنفيذ على عدم قيام المدين بالتزامه . فالكفالة تتبع الالتزام الأصلى وجوداً وعدماً . أما فى خصوص خطاب الضمان فالتزام الضامن (البنك) ليس تنفيذ التزام المدين إذا لم يقم به ، بل دفع المبلغ المضمون إلى الدائن الذى يبغى أن يكون فى مركز من كان تحت يديه التأمين النقدى ، وليس لقبول الدائن خطاب الضمان إلا حكمة واحدة هى عدم تجميد أموال المدين وتيسير اجراءات استرداد المبلغ بمعرفته بعد استنفاذ خطاب الضمان لأثره .

ولهذا يرى الأستاذان أحمد زكى الشيتى وفاروق غلاب أن خطاب

---

(١) عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق ١٦ و١٧ .

الضمان لا يعتبر كفالة بحال من الأحوال . ذلك أن الكفالة لا وجود لها إلا إذا كانت تابعة لعقد أصلى قصد الكفيل ضمان تنفيذه ، وهذه التبعية ليست متصورة فى خصوص خطابات الضمان مادام إلتزام الضامن يختلف عن التزام المدين ، فهو يتعهد بدفع مبلغ من المال عند أول مطالبة بينما التزام المدين فى الكفالة القيام بعمل متين .

ولذلك يقرر الفقيهان Aabry et Rau أن الكفالة عقد تابع بطبيعته ولذلك لا يجوز أن يكون له محل مختلف عن موضوع الالتزام الأصلى.

كما يقول الفقيهان Planiol et Ripers .

Le cautionnent n'a de sens que par l'existence d'une obligation principale dont il e t la garantie accessoire . It n'y a done pas de cautionnement si l'obligation de la prétedue osution est elle-meme principale au lieu de garantir l'cbligation d'autrui ... Le juge du fond interprete souverainement un eontrat. pour le qualifier au nom de cautionnement. Sans l'affirmative. ses motifs deivent en justifier les caracteres juridiques notamment, le caractere accessoire .

(Planion et Ripere. - Traite Pratique de Droit Civil Francais Tome XI, 2e edition No. 1510, 1513 et 1515 .

والحق أن التزام البنك الضامن قبل الدائن هو التزام أصلى ومباشر ومستقل تمام الاستقلال عن التزام المدين .

أما التعهدات التى تقدمها البنوك إلى جهات حكومية أو غير حكومية والتى ترمى فى نظر عاقديها إلى ضمان تنفيذ التزام المدين إذا لم يقم هو نفسه بتنفيذه فهى الكفالات المصرفية ، وهى فى حقيقتها عقود كفالة لتوافر جميع مقومات هذا العقد فيها ، وعلى ذلك تخضع لأحكام القانون المدنى المنظمة لعقد الكفالة لأحكام القانون التجارى فيما إذا كانت كفالة تجارية (١) .

---

(١) خطابات الضمان أو الكفالات المصرفية – مقال – للدكتور أحمد زكى الشيتى والأستاذ فاروق غلاب المحامى – المحاماة – السنة ٤١ – العدد ٦ – ص٨٦٤ وما بعدها .

٤- نصت المادة ٧٧٩ فقرة أولى مدنى على أن : « كفالة الدين التجارى تعتبر عملاً مدنيًا ولو كان الكفيل تاجراً » وهى بذلك قد افترضت وجود القاعدة الأصلية ضمناً واقتصرت على بيان حكم كفالة الدين التجارى دفعًا للشبهة فقط ، ولم تعرض بشئ لحكم قانون التجارة الخاص بالأعمال القانونية التى يتخذ منها التاجر صناعة أو مهنة له ، فتظل هذه خاضعة فى تكييفها لأحكام قانون التجارة وتعتبر وفقاً له أعمال تجارية .

وقصارى القول إن الكفالة نوعان : مدنية وتجارية ، وأن الأصل فيها أن تكون مدنية ، وأنها لا تكون تجارية أبداً بطريق التبعية ، بل بصفة أصلية فقط إذا طابقت نصاً يقضى بذلك .

ويترتب على اعتبار الكفالة مدنية أو تجارية أهمية من حيث الإثبات ومن حيث الاختصاص القضائى (١) .

مادة ٧٨٠ – لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول .

ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٨٩ ليبى و٧٤٦ سورى و١٠١٢ عراقى و١٠٦٤ لبنانى و٦٦٢ سودانى و١٤٩٠ تونسى و ٧٥١ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

يطابق هذا النص المادة ٧١١ من المشروع الفرنسى الايطالى . وهو يقرر الأحكام ذاتها الصادرة بالمادة ٦٠٦/٤٩٧ من التقنين الحالى . ولكن يزيد عليها أن الكفالة التى تعقد بمبلغ أكبر من الدين أو بشروط أشد من شروطه تكون صحيحة فى حدود الالتزام الأصلى. وهذا الحكم

---

(١) عقد الكفالة – للدكتور سليمان مرقس – طبعة ١٩٥٩ – ص١٢ وما بعدها .

الأخير معمول به فى ظل التقنين الحالى رغم عدم النص عليه .

وهذه الأحكام جميعًا ليست سوى تطبيق لمبدأ أن الكفالة عقد تابع ، فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز التزام الأصيل حتى يضمن بذلك حقه فى الرجوع بكل ما دفعه على المدين . وكان من الجائز الاستغناء عن النص (كما فعلت بعض التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى) ، لولا أننا فضلنا الابقاء عليه لما قد يترتب على اغفاله من تفسير غير صحيح [1] .

رأى الفقه :

١- يخلص من نص المادة ٧٨٠ مدنى أن الالتزام المكفول هو الذى يحدد مدى التزام الكفيل ، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المكفول ، فإذا كان أشد أو أصبح أشد ، فإنه لا يكون باطلاً ولكن يجب انقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول . ويجوز أن يكون التزام الكفيل أهون من التزام المكفول .

فلا يجوز أولاً أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول . وعلى ذلك لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين الأصلى . فإذا كان المستحق على المدين ألفًا ، لم تجز كفالته فى ألف ومائتين مثلاً . وإذا كان الدين الأصلى لا ينتج فوائد ، لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد أما إذا كان الدين الأصلى ينتج فوائد بسعر معين ، لم يجز أن تكون الفوائد على التزام الكفيل بسعر أعلى . وإذا كان الدين الأصلى ينتج فوائد بسيطة لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد مركبة . وعلى ذلك أيضاً لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من أجل الالتزام المكفول ، ولا توفيه التزام الكفيل فى مكان أبعد أو أشد مشقة من المكان الذى يوفى فيه الالتزام المكفول . وإذا كان الالتزام المكفول معلقاً على شرط ، لم يجز أن يكون التزام الكفيل منجزاً غير معلق على هذا الشرط . وإذ كان الدين الأصلى مؤجلاً على الأصيل وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضاً ، وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص٤٦٢ و٤٦٣ .

على الكفيل (م١٠١٢ مدنى عراقى) . إذا كان الدين الأصلى ديناً طبيعياً لم يجز أن يكون التزام الكفيل مديناً ، بل يجب أن يكون التزاماً طبيعياً كالدين المكفول .

ويجوز ، مادام أن التزام الكفيل ليس أشد من الالتزام المكفول ، أن يكون التزام الكفيل مضموناً برهن مثلاً حتى لو كان الالتزام المكفول ديناً عادياً غير مضمون برهن ولا بكفالة عينية . وإذا كان التزام الكفيل مماثلاً للالتزام المكفول ولكن الدائن بعد ذلك خفف من الالتزام المكفول كأن أطال أجله أو قربه بشرط أو نزل عن جزء منه ، فإن التزام الكفيل يخفف بالقدر الذى خفف به الالتزام المكفول .

وإذا كان التزام الكفيل أشد من التزام المكفول ، فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان التزام الكفيل ، بل انقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول .

وإذا كان التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول . فإنه على النقيض من ذلك يجوز أن يكون أهون . فيجوز أن يكفل الكفيل المدين الأصلى فى جزء من الدين ، أو فى الدين دون فوائد ، وملحقاته ، أو إلى حد أقصى أقل من المبلغ المستحق على المدين أو لأجل أطول من أجل المدين الأصلى . وإذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة وأضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة ، كان التزام الكفيل مؤجلاً دون الالتزام المكفول . يجوز أن يعلق الكفيل التزامه على شرط ، فى حين أن الالتزام المكفول يكون منجزاً غير معلق على شرط ويجوز أن يشترط الكفيل أن يكون الوفاء بالتزامه فى موطنه ، فى حين أن الوفاء بالتزام المكفول يكون فى مكان أبعد أو أكثر مشقة . كما يجوز أن يشترط الكفيل ألا يكفل المدين الأصلى إذ شهر افلاس هذا الأخير ، وعند ذلك تنظر محكمة الموضوع فيما إذا كان الغاء الحكم بشهر الافلاس فى الاستئناف من شأنه أن يعيد الكفالة ، وفيما إذا كانت التسوية القضائية تماثل شهر الافلاس فتكون هى أيضًا شرطاً فاسخًا لالتزام الكفيل . ويجوز كذلك أن يعلق الكفيل كفالته عن منح الدائن للمدين أجلاً للوفاء أو على وجود

ضمانات أخرى للمدين غير الكفالة . أو على استعمالاً معيناً أو لغرض معين . فإذا لم يتحقق الشرط فى الأحوال المتقدمة ، زالت الكفالة (١) .

٢- يطابق نص المادة ٧٨٠ مدنى نص المادة ٧١١ من المشروع الفرنسى الايطالى .

ويقرر نص المادة ٧٨٠ من التقنين المدنى نفس الأحكام المقررة بالتقنين القديم ، فلا يلتزم الكفيل بما يجاوز التزام الأصيل حتى يضمن الرجوع بكل ما دفعه عن المدين . وكان من الجائز الاستغناء عن هذا النص ، لأن أحكامه جميعاً ليست سوى تطبيق لمبدأ أن الكفالة عقد تابع (٢) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- يلتزم الكفيل بتقديم الدليل على القدر الذى قبضه الدائن من الدين حتى يمكن خصمه منه ، ولا على المحكمة إن هى لم تلزم الدائن بتقديم هذا الدليل (٣) .

مادة ٧٨١ – إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى ، وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٩٩٠ ليبى ٧٤٧ سورى و١٠١٥ عراقى و١٠٦٦ لبنانى و٦٦٣ سودانى و٧٥٢ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

تنص المادة ٤٩٨/٦٠٨ من التقنين الحالى على أنه « فى حالة عدم

---

(١) الوسيط – ١٠ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص٥٨ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى – للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٥٧٣ .
(٣) نقض جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٨ – مدنى ص١٧٢٠ .

وجود شـرط صـريح لا تكون الكفالة إلا على أصل الدين ولا توجب التضامن » .

ويعاب على هذا النص أنه لم يحدد ملحقات الدين التى لا تشملها الكفالة ، وأنه يفتح بذلك مجالاً للشك والخلاف بشأنها مع أن التقنين الفرنسى تعرض لها صراحة (م٢٠١٦) كما أن الثابت باجماع الفقه والقضاء (انظر على الأخص استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ ب١٣ ص١٦٥ ، ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ ب٢٧ ص٧٨ - ٥ أبريل سنة ١٩١٦ ب٢٨ ص٢٣٣) أن المشرع المصرى لم يقصد استبعاد الفوائد التأخيرية ولا المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى أو المصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل وهى التى يدخلها جميعاً التقنين الفرنسى (م٢٠١٦) صراحة فى نطاق الكفالة . وكان المشرع المصرى إذن حين نص فى المادة ٦٠٨/٩٨ على أن الكفالة لا تمتد إلى توابع الدين ، إنما قصد حالة الدين المؤجل الذى يذكر مقداره فى العقد ، فإن كفالته لا تشمل الفوائد فى المدة من وقت العقد إلى حلول الأجل إلا إذا اشترط ذلك (راجع استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٢٦ ب٣٨ ص٣٨٧) . ولكن هذا الفرض نادر فى العمل ، لأنه قلما يغفل سند الدين عن اشتراط الفوائد .

أما نص الفقرة الثانية من المادة ٦٠٨/٤٩٨ مصرى فلا صلة له مطلقًا بفقرتها الأولى ، إذ هو يعرض للكفالة التضامنية ، وليس هنا محل الكلام عنها .

لذلك فضل المشروع أن ينقل نص المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسى الايطالى . ويمتاز هذا النص بأنه فضلاً عن تحديده للملحقات ، يدخلها ضمن الكفالة . وهو الحكم الواجب الأخذ به كما رأينا . كذلك يغنينا النص الجديد فى الوقت نفسه عن المادة ٦٠٩/٤٩٩ من التقنين الحالى ، لأن الكفالة القضائية سيرد الكلام عنها فى باب الكفالة التضامنية على العموم .

رأى الفقه :

١- يفترض نص المادة ٧٨١ مدنى أن الكفيل قد كفل الالتزام

المكفول كله دون نقص أو زيادة ، وليس هناك اتفاق خاص بملحقات الدين بل ان كانت مسكوتاً عنها . ويراد تحديد مدى التزام الكفيل . ولا شك في أن التزام الكفيل في هذه الحالة مماثل للالتزام المكفول ، مقداراً وشروطاً وعبئاً وموعد حلول ومكان وفاء وغير ذلك مما يحدد الالتزام المكفول . وكما أن الالتزام المكفول يشمل ملحقاته ، كذلك يشملها التزام الكفيل ، يشمل فوائد الدين ، والتعويض عن عدم التنفيذ ومسئولية المدين العقدية ، فمن كفل المستأجر مثلاً في عبارات عامة ودون قيد ، كفل ما يكون مستحقاً على المستأجر من الأجرة ومن تعويض، ويشمل ذلك التعويض عن حريق العين المؤجرة. ولكن لا يشمل التزامات المستأجر بعد تجديد عقد الايجار إلا بشرط صريح . ومن كفل حساباً جارياً ، كفل كل بنود هذا الحساب لأنها غير قابلة للتجزئة .

أما المصروفات فيضمنها ، يضمن مصروفات المطالبة الأولى والثانية بعد اخطار الدائن له بمطالبته المدين المطالبة الأولى بالدين ، وعلى الا يكون مبالغاً فيها .

ويضمن الكفيل مسئولية المدين العقدية ، حتى في حالة فسخ العقد. وحتى في حالة مسئولية المدين العقدية عن الغير ، وحتى لو كان التعويض عن المسئولية محدداً في شرط جزائي . كما في كفالة مسئولية المستأجر عن الحريق .

ولكن الكفيل لا يضمن مسئولية المدين التقصيرية إلا إذا وجد شرط صريح ، ومن باب أولى لا يضمن مسئولية الغير التقصيرية . على أن الكفيل لممول يضمن لمصلحة الضرائب ، فوق المستحق على الممول ، الغرامات التي توقع على هذا الأخير للغش .

ويضمن الكفيل كذلك فوائد التأخير ، إذا تأخر المدين عن دفع المستحق في ذمته . ويضمن فتح الاعتماد إلى حد معين هذا الحد وملحقاته ويدخل في ذلك السمسرة التي تعتبر من ملحقات فتح الاعتماد . ويضمن الكفيل كذلك مصروفات عقد الدين التي قدمها الدائن ، كمصروفات كتابة العقد وأتعاب المحاماة والتسجيل أو التصديق

على الإمضاء بحسب الأحوال (١) .

٢- نقل المشرع نص المادة ٧٨١ مدنى من المادة ٧١٤ من المشروع الفرنسى الايطالى .

ويفضل النص المتقدم نصوص التقنين القديم بأنه تفادى الخلط بين موضوعين لا صلة بينهما مطلقاً ، وهما كفالة الملحقات والكفالة التضامنية ، وبأنه حدد ملحقات الدين .

ويخالف هذا النص الأحكام المقررة فى التقنين القديم ، فقد كانت المادة ٦٠٨/٤٩٨ تقضى باقتصار التزام الكفيل على ضمان الوفاء بأصل الدين . ومع ذلك فقد أجمع الفقه والقضاء على أن المشرع لم يقصد بذلك استبعاد فوائد التأخير ، ولا المصروفات الخاصة بالمطالبة الأولى ، ولا المصروفات اللاحقة لمطالبة الكفيل ، وبذلك لم يستبعد من نطاق الكفالة إلا فوائد الدين المؤجل الذى تستحق من وقت العقد إلى حلول الأجل ، إذا لم يوجد اتفاق خاص يقضى بكفالتها ، وهو فرض نادر عملاً .

ولذلك فضل المشرع أن ينص صراحة على ادخال هذه الملحقات جميعًا فى الكفالة . وجعل هذا الحكم هو الأصل ، وبذلك تمتد الكفالة إلى توابع الدين سالفة الذكر، ما لم يستبعد بشرط صريح فى العقد (٢) .

٣- للمتعاقدين أن يتفقا على ألا يلتزم الكفيل بشئ من الملحقات والمصروفات . فإذا لم يتفق على شئ من هذا ، فيثور التساؤل عما يدخل فى مضمون التزام الكفيل مما يستحقه الدائن زيادة عن أصل الدين ، وهنا نجد المشرع يضع قاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين ، فينص فى المادة ٧٨١ مدنى على أنه : « إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ، ومصروفات المطالبة الأولى ، وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل » .

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص٦٣ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى - للكدتور محمد على عرفه -المرجع السابق- ص٥٧٣و٥٧٤ .

فيدخل فيما يضمنه الكفيل : (أولاً) ملحقات الدين كالفوائد الاتفاقية والقانونية ، والتعويضات التى يستحقها الدائن بسبب اخلال المدين بالتزامه . ويدخل فيه (ثانياً) المصروفات التى ينفقها الدائن على سبيل استيفاء حقه ، على أن نفرق بين نوعين من هذه المصروفات : مصروفات المطالبة الأولى ، وهى التى يقتضيها رفع الدعوى بتكليف المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة ، فتشمل إذن ما يسبق رفع الدعوى من مصروفات كمصروفات التنبية على المدين بالوفاء ، كما تشمل مصرفات رفع الدعوى ، وهذه يلتزم الكفيل بضمان الوفاء بها مع أصل الدين وملحقاته فى جميع الأحوال . والنوع الثانى هو المصروفات اللاحقة لرفع الدعوى إلى أن يستوفى الدائن حقه ، وهذه لا تدخل فيما يضمنه الكفيل إلا إذا كانت قد أنفقت بعد اخطار الكفيل بما يتخذ الدائن من اجراءات ضد المدين . والعلة فى التفرقة بين نوعىّ المصروفات أن الدائن لا يعتبر ، فى مواجهة الكفيل ، مقصراً عندما أنفق مصروفات المطالبة الأولى دون أن يخطره ، إذ قد يقوم المدين بالوفاء بمجرد مطالبته ، فلا يكون هناك محل لتدخل الكفيل . أما إذا لم يقم المدين بالوفاء بعد مطالبته فعلى الدائن ، وإلا كان مقصراً ، أن يخطر الكفيل بهذه المطالبة حتى يحدد الكفيل موقفه ، فقد بادر بالوفاء ، فيتفادى المصروفات ، وقد لا يفى فيستمر الدائن فى الاجراءات وعندئذ يتحمل الكفيل فى مواجهة الدائن ما ينفق فى هذه الاجراءات من مصروفات[1] .

(١) عقد الكفالة للدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص٤٤ - ٤٥ .

الفصل الثانى
آثار الكفالة

١- العلاقة ما بين الكفيل والدائن

مادة ٧٨٢ – يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين .

على أنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالمًا بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٩١ ليبى و٧٤٨ سورى و١٠٧٧ لبنانى و٦٦٤ سودانى و١٥١٣ تونسى و٧٥٣ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

يطابق هذا النص تمامًا المادة ٦٢٢/٥٠٩ من التقنين الحالى . وهو يقرر حكمًا أساسيًا تقتضيه طبيعة الكفالة . فالتزام الكفيل تابع للالتزام الأصلى ، وهو يبطل كلما بطل هذا الالتزام ، كما أنه ينقضى بمجرد انقضائه . على أن المشروع يتحفظ بالنسبة للحكم الوارد بالمادة ١١٣٥ الخاص بكفالة التزام ناقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم بنقص الأهلية ، فإنه إستثناء لا يجوز للكفيل فى هذه الحالة التمسك ببطلان الالتزام الأصلى (١) .

رأى الفقه :

١- التزام الكفيل ، هو تابع لالتزام المدين ، يكون باطلاً أو قابلاً للابطال إذا كان التزام المدين باطلاً أو قابلاً للابطال . فيما عدا أن يكون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص٤٦٧ .

التـزام المدين قابلاً للابطال لنقص الأهلية ففيه تفصـيل كمـا سيأتي .
وإذا انقـضى التزام المدين ، انقـضى معه التـزام الكفيل . ولما كـان المدين يستطيع أن يحتج بأوجه الدفع هـذه وبأن التزامه باطل أو قـابل للابطال أو بأن التـزامـه قد انقـضى لسـبب من أسـباب انقـضاء الالتـزام ، كـذلك للكفـيل أن يتمـسك بأوجـه الدفع الذى يستطيع المدين أن يحتج بهـا من بطلان أو قـابلية لـلابطال أو انقضـاء . ولا يتـمسك الكفـيل بأوجـه الدفع هذه ضد التزام المدين ، بل ضد التزامه هـو ، فإن التزامه يكون هـو أيضـاً باطلاً أو قابلاً للابطال أو منقضياً تبعـًا لالتزام المدين ، فهو إذن يتمسك بأوجه الدفع هذه باسـمه هـو لا باسم المدين ، ويتمـسك بها ضد التـزامه هـو لا ضد التزام المدين . ويترتب على ذلك أن للكفـيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ضد التزامـه هـو لا ضد التزام المدين . ويترتب على ذلك أن للكفيل أن يتـمسك بوجه من هذه الأوجه ضد الـتزامه هـو ، ولو نزل المدين عن هـذا الدفع ، فإنه إنمـا ينزل عن الدفع بـالنسـبـة إلى التـزامـه كـمـدين ، ويبـقى أن يتـسـمـك الكفـيل بالدفع الذى نزل عنه المدين إذ يتمسك به ضد الـتزامه هـو ككـفيل ، لا ضد التـزام المدين فقـد نزل هـذا عن الدفع كـمـا سبق القـول . فـإذا نزل المدين عن حـقه فى إبـطال العقـد لعيب من عيـوب الرضـاء وأجـاز العقـد ، فإن هـذا لا يمـنع الكفـيل من أن يتمـسك بهذا العـيب ضـد التـزامه هو ككفـيل . وإذا نزل المدين عن حـقه فى التمـسك بالتقادم ، فإن هـذا لا يمـنع الـكفيل من أن يتمسك بالتـقادم ضـد التزامه هـو ككفيل . ويترتب على ذلك أيضـاً أن الكفيل له أن يتدخل فى الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ويطلب براءة ذمته فى التزامه هـو مـتمـسكاً بدفـع من هذه الدفوع ، بـل له أن يتمـسك بهـذا الدفع بدعـوى مبدأة يرفعها على الدائن .

فـإذا كان التـزام المدين باطلاً لعـيب فى الشكل أو لانـعدام الرضـا أو لعدم توافر شـروط المحل أو لعدم مشـروعية السـبب ، أو لأى سبب آخر مـن أسـبـاب بطلان الالتـزام ، كـان التـزام الكفـيل باطلاً مـثـله ولنفس السبب . وللكفيل أن يتمسك هـو أيضـاً ببطلان التزامه .

وللكفـيل أن يتـمـسك بـابطال عـقـد الكفـالة ، لأن عـقـد المدين قـابل للابطال لعيب فى الرضـاء ، كأن شـابه غلط أو تدليس أو اكراه مما يجعل العقـد قابلاً للابطال . ويبـقى للكفيل الحق فـى طلب ابطال عقد الـكفالة

لعيب فى الرضاء ، ولو أجاز المدين العقد الأصلى فأصبح لا يستطيع التمسك بابطال هذا العقد . أما إذا كان السبب فى ابطال العقد الأصلى ، هو نقص أهلية المدين بأن كان هذا قاصراً أو محجوراً عليه ، فهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين أو كان يعلم بها . فإن كان الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المدين ، كان له أن يتمسك بابطال عقد الكفالة كما يكون للمدين أن يتمسك بابطال العقد الأصلى لنقص الأهلية . ويستوى فى ذلك أن يجاز العقد الأصلى أو لا يجاز ، ففى الحالتين يكون للكفيل أن يتمسك بابطال عقد الكفالة . أما إذا كان الكفيل عالماً بنقص أهلية المدين ، فله أيضاً أن يبطل عقد الكفيل . لكن إذا أجاز المدين عند زوال نقص الأهلية ، أو جاز وليه أو وصيه أو القيم عليه بإذن المحكمة عند الاقتضاء ، العقد الأصلى ، ففى رأى الدكتور السنهورى أن الكفيل لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة مادام العقد الأصلى قد أجيز . فإذا كان الكفيل ليس فحسب عالماً بنقص الأهلية ، بل هو قد كفل ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ، فإنه لا يستطيع أن يبطل عقد الكفالة حتى لو تمسك المدين بنقص أهليته وأبطل العقد الأصلى ، أصبح الكفيل مديناً أصلياً وصار مسئولاً عن المدين نحو الدائن ، وهو إنما تعاقد مع الدائن ناظراً لهذا الاحتمال .

وللكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه ككفيل ، تبعاً لانقضاء التزام المدين.

فإذا انقضى التزام المدين بالوفاء ، جاز للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه هو أيضاً تبعاً لانقضاء التزام المدين . ويقوم العرض الحقيقى بالنسبة إلى المدين مقام الوفاء إلا تلاه ايداع يتم وفقاً لأحكام تقنين المرافعات أو تلاه أى اجراء مماثل ، وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته .

وللكفيل ، فضلاً عن الدفوع التى يجوز أن يحتج بها المدين ، دفوع خاصة به لا يشترك فيها المدين . وهذه الدفوع إما أن تكون متعلقة بعقد الكفالة ذاته ، أو أن تكون راجعة إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلاً .

فالدفوع المتعلقة بعقد الكفالة ذاته ترجع إلى بطلان هذا العقد أو قابلاً قابليته للابطال دون أن يكون العقد المنشئ لالتزام المدين باطلاً أو للابطال . وقد ترجع إلى ما يرد على التزام الكفيل وحده من أوصاف لم تستمد من الالتزام الأصلى . كعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق

الشرط الفاسخ ، فيتمسك الكفيل بأن التزامه لم ينشأ لأنه كان معلقاً على شرط فاسخ وقد تحقق هذا الشرط . وقد ترجع إلى انقضاء التزام الكفيل بطريق أصلى دون أن ينقضى التزام المدين .

وسيأتى بيان تلك الدفوع فى مواضيعها (١) .

٢- يطابق نص المادة ٧٨٢ من التقنين الجديد المادة ٦٢٢/٥٠٩ من التقنين القديم مع شئ من الايضاح اقتضاه الافصاح عن قصد المشرع فالمقصود من عبارة المادة القديمة « ما عدا الأوجه الخاصة بشخصه » هو الاحتجاج بنقص أهلية المدين . ولما كان حرمان الكفيل من التمسك بهذا الدفع ليس مطلقاً . فينبغى أن نفرق بين ما إذا كان الكفيل يعلم وقت التعاقد بنقص أهلية المكفول ، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يحتج ببطلان الالتزام الأصلى ، وبين ما إذا كان يجهل نقص الأهلية ، فيكون له الحق فى الاحتجاج بذلك وفقاً للقواعد العامة التى تقضى ببطلان الاحتجاج بذلك وفقاً للقواعد العامة التى تقضى ببطلان التزام الكفيل كلما بطل الالتزام الأصلى ، كما توجب انقضاء الأول بمجرد انقضاء الثانى (٢) .

٣- الأوجه التى يستطيع أن يتمسك بها الكفيل فى مواجهة الدائن بخصوص موضوع التزامه . والغالب أن يتمسك الكفيل بهذه الأوجه عن طريق دفع مطالبة الدائن ، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتمسك بها عن طريق الطلب .

وهذه الأوجه تنقسم إلى قسمين : الأول : يشمل الأوجه التى يحتج بها المدين على الدائن لتعلقها بالالتزام الأصلى ويستطيع الكفيل أن يتمسك بها نظراً لتبعية التزامه للالتزام الأصلى . والثانى : يشمل الأوجه الخاصة بالتزام الكفيل نفسه بصرف النظر عن الالتزام الأصلى

الأوجه الخاصة بالالتزام الأصلى للكفيل ، وهو ملتزم بالتزام تابع لالتزام المدين ، أن يتمسك فى مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به ، فكل ما يؤثر فى الالتزام الكفيل ، من حيث صحته أو

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص١٠٦ وما بعدها.
(٢) التقنين المدنى - للدكتور محمد على عرفه - المرجع السابق ص٥٢٥ .

اقتضاؤه يؤثر فى التزام الكفيل (م٧٨٢/١ مدنى) ، وللكفيل أن يتمسك بهذه الأوجه ولو كان متضامناً مع المدين (م٧٩٤ مدنى) . والكفيل يتمسك بهذه الأوجه باسمه هو لا باسم المدين ، لأن محل التزامه هو ضمان تنفيذ التزام المدين ، فكل ما يؤثر فى هذا الالتزام يؤثر مباشرة فى التزام الكفيل ، ويترتب على ذلك ما يلى :

والكفيل يتمسك بهذه الأوجه باسمه هو لا باسم المدين ، لأن محل التزامه هو ضمان تنفيذ التزام المدين ، فكل ما يؤثر فى هذا الالتزام يؤثر مباشرة فى التزام الكفيل ، ويترتب على ذلك ما يلى :

أ- أن يكون للكفيل الحق فى التدخل ، فى أى وقت ، فى الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ليتمسك بوجه من الأوجه قد لا يتمسك به المدين نفسه ، بل للكفيل أن يتمسك بهذه الأوجه بدعوى مبتدأة برفعها على الدائن .

ب- للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ولو نزل عنه المدين ، فيجوز له مثلاً أن يتمسك بتقادم الدين المكفول ولو نزل المدين صراحة عن حقه فى التمسك بالتقادم ، إلا إذا نزل المدين عن حقه فى طلب ابطال العقد القابل للابطال بأن أجاز العقد فيمتنع على الكفيل أن يطلب الابطال إلا إذا ثبت أن المدين كان متوطئاً مع الدائن للاضرار بالكفيل .

وللكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن ببطلان العقد المنشئ للالتزام الأصلى بطلاناً مطلقاً ، أياً كان سبب البطلان ، كانعدام الرضا أو استحالة المحل أو عدم مشروعيته أو عدم العيب أو تخلف الشكل الذى يتطلبه القانون لانعقاد العقد .

وله كذلك أن يتمسك بابطال العقد القابل للابطال . ولكن المشرع بعد أن قرر فى الفقرة الأولى من المادة ٧/٢ مدنى حق الكفيل فى التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ، قال فى الفقرة الثانية : «على أنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين وهو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد ، فليس له أن يحتج بهذا الوجه» .

ويتضح من ظاهر عبارة هذا النص أن الكفيل الذى كان يعلم وقت الكفالة بنقص أهلية المدين دون أن يكفل بسبب هذا النقص ليس له أن يطلب ابطال العقد المنشئ للالتزام الأصلى . ولكن إذ طلب المدين نفسه

الابطال وقضى زال الالتزام الأساسى والتزام الكفيل بالتبعية ، لأن الكفيل لا يبقى ملتزماً رغم الابطال إلا إذا كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية (م٧٧٧ مدنى) .

ولكن الشراح لا يأخذون بهذا المعنى الظاهر من عبارة النص ، ويذهبون إلى أن الكفيل لا يحرم من التمسك بالابطال إلا إذا كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية مستندين فى هذا أساسًا إلى أن تاريخ النص يكشف عن أن المشرع لم يقصد حرمان الكفيل من التمسك بالابطال إلا فى الحالة التى يبقى فيها ملتزمًا ولو ابطل الالتزام بناء على طلب المدين أى كانت الكفالة بسبب نقص الأهلية (م٧٧٧ مدنى) .

ويبدو للدكتور منصور مصطفى منصور أن هذا الرأى محل نظر ، فلا يجوز مخالفة عبارة النص الصريحة إلا إذا كان هناك تعارض بين النصوص يجب رفعه ، حين أنه ليس هناك تعارض بين ظاهر نص المادة ٢/٧٨٢ والمادة ٧٧٧ مدنى ولا مع القواعد العامة .

ومقتضى المادة ٧٨٢ مدنى أن يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وأن للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين . وأسباب انقضاء الالتزام الأصلى هى : الوفاء - الوفاء بمقابل - التجديد والانابة - المقاصة - اتحاد الذمة - الابراء - استحالة التنفيذ - التقادم (١) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- إن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين ولا يقوم هذا الالتزام إلا إذا كان التزام المدين قائمًا وإن كان الحكم الصادر من محكمة أول درجة بعدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى بالنسبة إلى الطاعنة قد حال دون الحكم عليها ، إلا أن المحكمة الابتدائية بقضائها على المطعون عليها الثانية وهى الضامنة قد فصلت لزومًا فى مسئولية الشركة المضمونة وهى الطاعنة ، وناقشت دفاعها فى الموضوع الذى أبدته فى

---

(١) عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق - ص٦٢ وما بعدها .

مذكرتها المقدمه إليها ، وبذلك تكون قد استنفدت ولايتها فى الفصل فى موضوع النزاع ، ومن ثم يكون من غير المستساغ اعادة القضية إليها بعد إلغاء حكم الاختصاص وتأييد الحكم الابتدائى فيما قضى به على المطعون عليها الثانية . لما كان ذلك ، فإن محكمة الاستئناف لا تكون قد خالفت القانون إذ فصلت فى مسئولية الشركة الطاعنة والشركة الضامنة لها فى الاستئناف المرفوع إليها من الأخيرة عن الحكم الصادر عليها ، إذ هى الحالة لا تعتبر فى حقيقتها من حالات التصدى (١) .

٢- لا يجوز أن يسوى الحكم عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن ، لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مدنياً أصلياً بل يبقى التزامه تبعياً ، وإن كان لا يجوز له التمسك بالزام الدائن بمطالبة بالوفاء أو التنفيذ على أمواله أولاً ، وينبنى على كون إلتزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين أنه ينقضى حتماً بانقضائه ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة للكفيل ، ولا فرق فى هذا الحكم بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن (٢) .

مادة ٧٨٣ – إذ قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئاً أخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشئ .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٩٢ ليبى و٧٤٩ سورى و١٠٢٩ عراقى و١٠٩٦ لبنانى و٦٦٥ سودانيو ٧٥٥ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

يطابق هذا النص المادة ٥١١/٦٢٤ من التقنين الحالى . والمبدأ

---

(١) نقض جلسة ١٩٥٣/١/٨ مجموعة القواعد القانونية (٢٥ عاماً) ١٤٧ ص٢٠٧.

(٢) نقض جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ – المرجع السابق – ١٢ ص٩٣٧ .

الوارد به مقرر فى معظم التقنينات (كالتقنين الفرنسى والايطالى والهولندى .. إلخ) والواقع أنه مجرد تطبيق للقواعد العامة فى تجديد الالتزام (أنظر م١٨٨/١٥٢ من التقنين الحالى و٢٩٣ فقرة ٢ من المشروع) (١) .

رأى الفقه :

١- لما كان التكييف للوفاء بمقابل ، وهو التكييف الذى تغلب فى الفقه المعاصر ، هو أن الوفاء بمقابل مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية ، فإنه يجب تحليل الوفاء بمقابل إلى عنصريه الأولين :

فهو أولاً تجديد بتغيير محل الدين القديم ، وهذا هو التجديد . ويترتب على هذه الخطوة أن الدين الأصلى ينقضى معه تأميناته ومنها الكفالة ، وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل نهائياً بانقضاء الدين الأصلى عن طريق التجديد .

والوفاء بمقابل ثانيًا هو وفاء الدين الجديد الذى حل محل الدين القديم ، وذلك عن طريق نقل الملكية . فتسرى إذن على الوفاء بمقابل احكام البيع باعتباره ناقلاً للملكية ، وتسرى عليه ايضاً احكام الوفاء باعتباره أنه يقضى الدين . ومن أحكام البيع ضمان الاستحقاق ، فإذا استحق المقابل فى يد الدائن ، رجع بهذا الضمان على المدين . ولكنه لا يرجع بالدين الأصلى ، فإن هذا الدين قد انقضى بالتجديد وقد انقضت تأميناته معه فبرئت ذمة الكفيل نهائياً . إذ التجديد قد أصبح باتاً لا رجوع فيه وهو الذى قضى الدين الأصلى بتأميناته ، وأقام مقامه الدين الجديد الذى يستوجب تنفيذه نقل الملكية .

وأياً كان سبب استحقاق المقابل ، فإن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائيًا . وذلك ما لم يكن المقابل مملوكًا للكفيل نفسه وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلى قد أعطى هذا المقابل للدائن ، ففى هذه

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ - ص٤٧٠ .

الحالة إذا رجع الكفيل بضمان الاستحقاق على الدائن لم تبرأ ذمته من الكفالة لأنه هو الذى تسبب بعمله فى ضمان الاستحقاق .

يجوز للدائن ، عند تسلمه المقابل ، أن يحتفظ بحقه فى الرجوع على الكفيل لو استحق هذا المقابل . ففى هذه الحالة يكون انقضاء الكفالة معلقًا على شرط واقف هو عدم الاستحقاق المقابل ، وقد يتخلف الشرط باستحقاق المقابل .

والذى يقع غالبًا أن المدين هو الذى يقدم شيئًا مملوكًا فى مقابل . ذلك أنه لو كان الذى قدم المقابل هو الكفيل ، واستحق المقابل ، تبرأ ذمة الكفيل بل يرجع عليه الدائن بضمان الإستحقاق .

وإذا انقضى الدين المكفول بالتجديد ، بأن جدد المدين الأصلى دينه بتغيير الدائن أو تغيير الدين فى محله أو مصدره ، فإن الدين المكفول ينقضى وتنقضى تبعاً لانقضائه الكفالة .

وإذا انقضى الدين المكفول بالمقايضة بأن كان فى ذمته الدائن للمدين دين يصلح للمقاصة فى الدين الثابت فى ذمة المدين للدائن انقضى الدين المكفول بالمقاصة وانقضت الكفالة تبعاً لذلك .

وإذا انقضى الدين المكفول باتحاد الذمة ، بأن ورث المدين الدائن فورث حقه وأصبح هو الدائن لنفسه فانقضى الدين باتحاد الذمة ، انقضت الكفالة التى كانت تضمن الدين تبعاً لذلك، وبرئت ذمة الكفيل.

وإذا انقضى الدين المكفول بالابراء (بابراء الدائن للمدين من الدين) انقضى الدين المكفول بالابراء ، وانقضت تبعاً لانقضائه الكفالة .

وإذا انقضى الدين المكفول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبى انقضت بانقضائه الكفالة .

وإذا انقضى الدين المكفول بالتقادم انقضت بانقضائه الكفالة .

وقد يزول الدين المكفول بالفسخ أو بالابطال ، فتزول الكفالة بزواله[1] .

---

(١) الوسيط – ١٠ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق –ص٢١٥ وما بعدها .

٢- تطابق صيغة نص المادة ٧٨٣ من التقنين المدنى فى معناها النص الوارد بالتقنين القديم . والمبدأ الوارد بها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى تجديد الالتزام ، فإذا استوفى الدائن مقابل الدين من المدين أو غيره ، انقضى بهذا الوفاء التزام الكفيل نهائياً ، ولو استحق المقابل تحت يد الدائن فيما بعد . أما إذا استوفى المقابل من الكفيل ، فإن هذا الأخير يضمن بداهة استحقاق الشئ ، ولا تبرأ ذمته طبقاً للقواعد العامة (١) .

مادة ٧٨٤ – تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين مقرر بحكم القانون .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٩٣ ليبى و٧٥٠ سورى و١٠٢٧ عراقى و١٠٨٩ لبنانى و٦٦٦ سودانى و٧٥٦ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

تطابق الفقرة الأولى من هذا النص المادة ٥١٠/٦٣٣ وهى تقرر الدفع باضافة التأمينات .

ولما كان قد ثار نزاع فى العمل بشأن تحديد الضمانات التى يترتب على ضياعها بخطأ الدائن ابراء الكفيل ، فقررت بعض الأحكام أن المقصود هو التأمين الاتفاقى كالرهن التأمينى أو الحيازى (أنظر على الأخص استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ ب٢٤ ص١٠٨ – ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ ب ٢٦ ص٧٦ – ٢ يناير سنة ١٩١٥ ب٢٧ ص١٣٧ – ١٤ أبريل سنة ١٩١٥ ب٢٧ ص٢٧٨ – ٧ يونيو سنة ١٩١٧

(١) التقنين المدنى – للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٥٧٥ .

ب٢٩ ص٤٩٠) . ورأت غالبية الأحكام أن المقصود هو كل تأمين خصص لوفاء الدين حتى لو كان تأميناً قانونياً (راجع استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ ب٢٥ ص٣٧٦ - ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ ب٣٥ ص٤٤٥) . كذلك قام الخلاف بشأن التأمينات التى توجد بعد قيام الكفالة وهل يشملها النص . وقد جرى القضاء على أن هذه التأمينات لم يقصدها المشرع ، فلا يترتب على ضياعها بخطأ الدائن ابراء الكفيل (انظر استئناف أهلى ٢٢ مايو سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص ٥١ - استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٤ ب٢٦ ص١٥٦ - ١٣ مارس سنة ١٩٢٣ ب٣٥ ص٣٧٦ - ٧ مارس سنة ١٩٣٩ ب٥١ ص١٨٦) . ولكن يعاب على هذا الحل أن مبنى الدفع فكرة الحلول والتبعية ، وأن الكفيل يحل محل الدائن فى التأمينات التى تتقرر بعد الكفالة وضياعها بخطئه يحرمه من ذلك الحلول . وقد قضى المشروع على كل هذا الخلاف بأن قرر فى الفقرة الثانية أن الضمانات المقصودة فى هذه المادة تشمل كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة ، وذلك كل تأمين مقرر بحكم القانون (١) .

رأى الفقه :

١- لما كان نص المادة ٧٨٤ مدنى يبرئ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطأه من الضمانات ، فإن الأمر يقتضى بحث المسائل الخمس التالية :

١- الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم - يحق لكل كفيل شخصى التمسك ببراءة ذمته ، متضامناً كان أو غير متضامن .

٢- الأساس الذى تقوم عليه براءة ذمة الكفيل - تبرأ ذمة الكفيل لأن الدائن قد تسبب بخطئه فى جعل الكفيل محله فى ضماناته مستحيلاً ، وقد كان من حق الكفيل أن يحل محل الدائن فى هذه الضمانات .

٣- الخطأ الذى يرتكبه الدائن - يجب أن يرتكب الدائن خطأ يترتب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ - ص٤٧٤ و٤٧٥ .

عليه اضعاف التأمينات التى له ، كأن يبرئ ذمة أحد الكفلاء ، أو ينزل عن رهن ترتب لمصلحته . كذلك يعتبر خطأ من الدائن أن يهمل فى اتخاذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على رهن ترتب لضمان حقه ، كأن يهمل فى تجديد الرهن الرسمى ، أو كأن يبيع بثمن بخس القيم التى ارتهنها ضماناً لحقه ، أو ان يتأخر فى استيفاء حقه عن دائنين كان له أن يتقدم عليهم .

ويكون الدائن مسئولاً إذا هو جعل المدين يضعف من أثر الرهن المترتب على عقار مملوك له ، فتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعف الدين من أثر هذا الرهن . كذلك يكون الدائن مسئولاً إذا هو أنقص من قيمة العقار ، بأن استأجره لمدة طويلة .

ولا يكون الدائن مسئولاً عن الخطأ الذى يرتكبه الغير أو الكفيل أو الذى يشترك فيه الأخير .

٤- الضمانات التى يضيعها الدائن بخطئه - فقد كان هناك رأى يقصرها على التأمينات الاتفاقية كالرهن الرسمى والرهن الحيازى . ولكن الرأى الذى تغلب فى هذا الصدد هو أن يدخل أى تأمين حتى لو كان تأميناً قانونياً كحقوق الامتياز ، وقد ورد نص المادة ٢/٧٨٤ مدنى ، وحتى لو كان تأميناً قضائيًا كحق الاختصاص (أو حق الحبس أو حق الدائن فى الفسخ) .

كذلك قام خلاف فيما إذا كان يدخل فى هذه الضمانات التأمينات التى توجد بعد قيام الكفالة . فذهب رأى إلى أن هذه التأمينات لا تدخل ، ولا تدخل إلا التأمينات التى كانت موجودة عند قيام الكفالة . ولكن الرأى الغالب والذى أخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد صراحة (م٢/٧٨٤ مدنى) ، هو أن جميع التأمينات تدخل ، سواء ما جد منها عند قيام الكفالة أو ما يوجد منها بعد قيام الكفالة . ولكن يعاب على هذا الرأى أن مبنى الدفع فكرة الحلول والتبعية ، وأن الكفيل يحل محل الدائن فى التأمينات التى تتقرر بعد الكفالة وضياعها بخطئه يحرمه من ذلك الحلول ، وقد قضى المشروع على كل هذا الخلاف ، بأن قرر فى الفقرة الثانية أن الضمانات المقصودة فى هذه المادة تشمل كل تأمين

مخصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة ، وكذلك كل تقرير مقرر بحكم القانون (الأعمال التحضيرية) .

٥- الشروط الواجب توافرها لبراءة ذمة الكفيل - وحتى تبرأ ذمة الكفيل ، يجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن ، وأن يتمسك ببراءة ذمته . وألا يكون هناك اتفاق على عدم حلول الكفيل محل الدائن .

فيجب أولاً أن يثبت الكفيل أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن . فلا يجوز الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إذا نزل الدائن عن رهن متأخر فى المرتبة بحيث لا يسعفه أصلاً فى تقاضى حقه ، أو نزل عن كفيل فى نظير أن يحل محله كفيل آخر يماثله فى اليسار . كذلك لا يجوز للكفيل أن يطلب براءة ذمته ، وإذا رضى الدائن بيع أشياء مرهونة له بثمن لا يقل عن قيمتها الحقيقية ، ولو بيعت هذه الأشياء دون اتباع الاجراءات التى رسمها القانون ، ويجب أن يثبت الكفيل أن الضرر الذى أصابه من عمل الدائن ضرر محقق ، وليس مجرد ضرر محتمل ، ويطلب الكفيل براءة ذمته بمقدار ما أصابه من ضرر .

ويجب ثانيًا أن يتمسك الكفيل ببراءة ذمته ، فلا يعطى الحق فى براءة الذمة إلا إذا طلب ذلك ، ومن ثم لا يجوز للكفيل أو يتمسك ، إلا إذا رفع الدائن عليه الدعوى وتمسك هو ببراءة الذمة ، أو بدعوى يرفعها هو على الدائن ولكن يجوز ، إذا رفع الدائن عليه الدعوى أن يتمسك ببراءة ذمته فى أى وقت حتى تحجز القضية للحكم وله أن يتمسك ، ببراءة ذمته أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، ولكن لا يجوز له أن يتمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض لأن التمسك ببراءة الذمة هنا لا يعتبر من النظام العام بل هو من حق الكفيل .

ويجب ، ثالثًا ، ألا يكون هناك اتفاق بين الدائن والكفيل على ألا يتمسك الكفيل ببراءة الذمة أى على عدم حلول الكفيل محل الدائن . فإذا وجد هذا الاتفاق ، امتنع على الكفيل أن يتمسك ببراءة الذمة لأنه لا يحل محل الدائن فيما أضاعه هذا من التأمينات (١) .

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق ص٢٤٠ وما بعدها .

٦- تقرر المادة ٧٨٤ مدنى الدفع باضاعة التأمينات . ويعاب على النص القديم أنه لم يحدد المقصود بالتأمينات ، فثار نزاع فى العمل بشأن تحديدها ، واختلف فى ذلك أحكام القضاء ، فقضى المشرع على هذا الخلاف بالنص صراحة فى الفقرة الثانية على أن الضمانات المقصود فى هذه المادة تشمل كل تأمين خصص لوفاء الدين ، حتى لو كان تأميناً قانون (كالامتياز) ، وحتى لو تقرر بعد الكفالة ، خلافاً لما جرى عليه القضاء فى ظل التقنين القديم (١) .

٧- الحكمة من تقرير القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٧٨٤ مدنى أن الكفيل عندما يفى للدائن يرجع على المدين ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات تضمن الوفاء بالالتزام الذى وفاه الكفيل ، فإذا أضاع الدائن شيئاً من هذه التأمينات بخطئه ، فيكون قد أضر بالكفيل إذ يقلل من احتمال حصوله على حقه عند الرجوع ، فيجعل المشرع براءة ذمة الكفيل جزاء على خطأ الدائن .

ويستفيد من حكم هذه القاعدة كل كفيل شخص ولو كان متضامناً مع المدين . أما الكفيل العينى فقد ثار الخلاف حول سريان هذا الحكم عليه ، ففى رأى أنه لا يسرى عليه . وفى رأى آخر – وهو السائد والذى يفضله الدكتور منصور مصطفى منصور – أن حكم النص يسرى على الكفيل العينى ، فهو كالكفيل الشخصى مسئول عن ديون غيره ، وله إذا ما وفاه أن يرجع على المدين ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات ، وليس هناك ما يدعو إلى حرمانه من التمسك فى مواجهة الدائن بالدفع باضعاف التأمينات .

ويختلف مركز الكفيل المتضامن عن مركز المدين المتضامن ، فالمدين المتضامن مع غيره لا يبدأ من التزامه لمجرد اضاعة الدائن بخطئه التأمينات التى تضمن الدين ولو أنه يستفيد من هذه التأمينات عند رجوعه على غيره بدعوى الحلول . ولكن يجوز للمدين المتضامن إذا أضاع الدائن بخطئه تأميناً أن يرجع عليه بالتعويض عما أصابه من

---

(١) التقنين المدنى – للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق ص٥٧٦ .

ضرر على أساس المسئولية التقصيرية أو على أساس المسئولية العقدية إذا كان الدائن قد تعهد له بالمحافظة على التأمينات .

إن حكم المادة ٧٨٤ مدنى لا يسرى إذا كانت اضاعة التأمين قبل أن تبرأ ذمة الكفيل بالوفاء للدائن . فإذا أضاع الدائن تأميناً بعد أن وفاه الكفيل وقبل أن يستوفى الكفيل حقه ، فلا يكون للكفيل إلا أن يرجع عليه وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية (١) .

٨- تنص المادة ٧٨٤ مدنى على براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات ، وهذا لأنه طبقاً لنظرية الحلول يحل الكفيل محل الدائن إذا ما أوفى له بالالتزام ، فإذا أضاع الدائن التأمينات التى تضمن له الوفاء كالرهن أو الامتياز ، فيترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل بقدر التأمينات التى تسبب الدائن باهماله أو بفعله فى اضاعتها.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ بأن المادة ٢٠٣٧ مدنى فرنسى (المقابلة للمادة ٧٨٤ مدنى مصر) تضع قواعد عامة فى براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاع الدائن من ضمانات ، ولا تفرقة بين اضاعته للضمانات باهماله أو بفعله المباشر ، إذ أن مبدأ الانصاف التى ترمى إليه نظرية الحلول لصالح الكفيل تحمل الدائن ليس فقط نتيجة تصرفاته التى ترتب عنها فقدانه لحقوقه وضماناته والتى كان من اللازم أن يحل فيها الكفيل محله ، بل ونتيجة اهماله فى القيام بالمحافظة عليها ، وفى نفس المعنى أقرت محكمة النقض المصرية فى صدد حكمها عن الكفالة التضامنية بأنه ينبنى على كون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين أنه ينقضى حتماً بانقضائه (نقض جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ - المحاماة - السنة ٣٤ - ١٩٨ ص٤٥٨) ، وعلى عكس هذا المدين المتضامن الذى لا تبرأ ذمته حتى ولو أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين (م٢٨٩ مدنى) (٢) .

---

(١) عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص٧٣ وما بعدها .

(٢) الكفالة التضامنية - مقال - للدكتور المستشار أبو اليزيد المتيت - المحاماة - السنة ٣٩ العدد ٩ ص١٢٧٠ وما بعدها .

مادة ٧٨٥ - لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها .

على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة شهور من انذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانًا كافيًا .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٩٤ ليبى و٧٥١ سورى و١٠٣٦ عراقى و١٠٧٩ لبنانى و٧٦٧ سودانى و٧٥٧ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

الفقرة الأولى اقتبسها المشروع من أحكام القضاء المصرى . وهى تقرر فى جزئها الأول حكمًا مجمعًا عليه ، وهو أن الكفيل لا تبرأ ذمته لمجرد تأخر الدائن فى اتخاذ الاجراءات ، أو لمجرد أنه لم يتخذها ، لأن للكفيل الحق فى الرجوع على المدين بمجرد حلول الأجل حتى لو مد الدائن الأجل له . على أنه قد تصدر من الدائن بأعمال ايجابية (كتنازله عن حجز تنفيذى أو تحفظى أو حجز مال مدينه لدى الغير أو اجراءات التنفيذ العقارى أو وضع أموال المدين تحت الحراسة ، أو ايداع المبالغ الناتجة من بيع المنقولات فى خزينة المحكمة) أو أعمال سلبية (كعدم قيامه باتخاذ اجراء تنفيذى أو تحفظى لا يستطيع الكفيل القيام به لجهله اياه أو لعدم وجود المستندات اللازمة لاجرائه ، وكذلك عدم التقدم فى التوزيع أو سقوط الحق بسبب التأخر أو الاهمال فى القيام باجراء معين أو ابراز مستندًا ما) لا يترتب عليها ضياع التامينات ، لكونها مع ذلك تؤثر فى حق الكفيل فتضيعه أو تنقص منه . كل هذه الأعمال يجب أن يسأل عنها الدائن طبقًا لقواعد المسئولية ، مادام قد ترتب عليها ضرر للكفيل . والتقنين الحالى لم يتعرض لذلك ، ولكن بعض التقنينات الحديثة أوردت نصوصًا فى هذا الصدد (أنظر مثلاً التقنين

الألمانى م٧٧٦) . والمشرع ، قياساً على هذه التقنينات ، أورد هذه الفقرة مقتبساً حكمها من القضاء المصرى (راجع استئناف مختلط ٧ ديسمبر ١٩١٥ ب٢٨ ص٤٦) .

والفقرة الثانية استمد المشروع فكرتها من المشروع الفرنسى الايطالى (م٧٣٩) والتقنين السويسرى (م٥٠٢) والتقنين البولونى (م٦٣٧) (١) .

رأى الفقه :

١- يفترض التقنين المدنى فى المادة ٧٨٥ أن الدين المكفول قد حل ، وأن الدائن لم يتخذ الاجراءات للمطالبة بالدين أو أنه تأخر فى اتخاذها ، فنص على حق الكفيل فى هذه الحالة فى أن ينذر الدائن لاتخاذ الاجراءات ، فإذا لم يتخذها فى خلال ستة أشهر من وقت الانذار ، ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً ، برئت ذمة الكفيل من الكفالة – وكان التقنين المدنى السابق يجعل للكفيل الحق فى مطالبة المدين عند حلول الأجل ، إذا منح الدائن للمدين أجلاً جديداً ولم يبرئ الكفيل من الكفالة . ويبدو أن التقنين المدنى الجديد لم ينتظر حتى يمنح الدائن للمدين أجلاً جديداً ، بل أعطى للكفيل الحق فى انذار الدائن فى أن يطالب المدين بدينه . فإذا لم يفعل ذلك خلال ستة أشهر من وقت انذار الكفيل اياها برئت ذمة الكفيل ، وذلك ما لم يعطه المدين ضماناً كافياً .

وإذا أراد الكفيل اتخاذ الاحتياطات اللازمة ، وجب عليه أن ينذر الدائن ليتخذ هذه الاجراءات الواجبة قانوناً عند حلول الدين ضد المدين ، وذلك طبقاً لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ مدنى . وهذه الفقرة استمدها المشرع من المادة ٧٣٩ من المشروع الفرنسى الايطالى . ومن المادة ٥٠٢ من تقنين الالتزامات السويسرى ، ومن المادة ٦٣٧ من تقنين الالتزامات البولونى .

ولا يتخذ الكفيل هذا الاحتياط إلا عند حلول أجل الدين المكفول أو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص٤١٩ .

فى أى وقت بعد حلول هذا الأجل . وذلك لأن الانذار يتضمن تنبيه الدائن إلى وجوب اتخاذ الاجراءات الواجبة قانوناً ، ولا يمكن اتخاذ هذه الاجراءات إلا عند حلول أجل الدين .

والعبرة بحلول الأجل الأصلى للدين المكفول . فإذا حل هذا الأجل جاز للكفيل انذار الدائن ، حتى لو أن الدائن مد للمدين فى الأجل المحدد أصلاً ، فالكفيل لا يلتزم باحترام هذا المد إلا إذا كان قد ارتضاه . فإذا لم يرتضيه جاز له أن ينذر الدائن عند حلول الأجل الأصلى بأن يتخذ الاجراءات الواجبة قانوناً نحو مطالبة المدين بالدين .

والمدة التى تسبق هذا الانذار لا يعتد بها .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٧٨٥ مدنى : « على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين للكفيل ضماناً كافياً » . فيجب إذن ، إذ أنذر الكفيل الدائن ، أن يتخذ الدائن الاجراءات الواجبة ضد المدين ، أو أن يقدم المدين للكفيل ضماناً كافيًا فى حالة ما إذا لم يتخذ الدائن الاجراءات الواجبة ضد المدين .

فإذا اتخذ الدائن الاجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين ، وسار فى اتخاذها بالعناية اللازمة كان هذا كافيًا ، ويكون هذا بأن يرفع الدائن الدعوى المدين يطالبه فيها بالدين ، إذا كان سند الدين عرفياً أما إذا كان السند تنفيذياً ، حكماً كان أو ورقة رسمية ، فإنه يجب على الدائن أن يباشر اجراءات التنفيذ على أموال المدين .

فإذا لم يتخذ الدائن الاجراءات الواجبة قانوناً ضد المدين فى خلال الستة الأشهر من وقت وصول انذار الكفيل للدائن ، برئت ذمة الكفيل من الكفالة ، وبذلك ينقضى عقد الكفالة بطريق أصلى ، دون أن ينقضى الدين المكفول .

على أنه يجوز للمدين ، قبل انقضاء الستة الأشهر سالفة الذكر ، أن يقدم الكفيل ضماناً كافياً لما عسى أن يدفعه الكفيل للدائن . ويتفق الدائن مع المدين على هذا الضمان الواجب تقديمه للكفيل . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ، عند المنازعة ، ما إذا كان الضمان الذى يقدمه

المدين للكفيل ضماناً كافياً. فإذا قدم المدين للكفيل هذا الضمان الكافى، وصل الكفيل إلى ما يبتغيه ، وصار عليه أن ينتظر حتى يطالب الدائن المدين بالدين . فإذا دفع المدين الدين للدائن ، وقف الأمر عند هذا الحد ، وبرئت ذمة المدين ، وبرئت ذمة الكفيل تبعاً لذلك . أما إذا لم يدفع المدين الدين للدائن ، وقف الأمر عند هذا الحد ، وبرئت ذمة المدين ، وبرئت ذمة الكفيل تبعاً لذلك أما إذا لم يدفع المدين الدين للدائن ، ورجع الدائن على الكفيل بهذا الدين ، كان لدى الكفيل الضمان الكافى الذى قدمه المدين ، فيدفع الدين للدائن ، ويستوفيه من هذا الضمان (١) .

٢- تقرر المادة ٧٨٥ مدنى فى فقرتها حكماً مجمعاً عليه ، وهو أن الكفيل لا تبرأ ذمته لمجرد تأخير الدائن فى اتخاذ الاجراءات ضد المدين ، لأن للكفيل حق الرجوع على المدين حتى لو عد الدائن الأجل له ، مع ذلك فقد عمد المشرع إلى حماية الكفيل بالنص فى الفقرة الثانية على براءة ذمته لعدم قيام الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين بعد انذار الكفيل الدائن بستة أشهر ، إلا إذا قدم المدين للكفيل ضماناً يكفى للوفاء بالدين (٢) .

٣- الأصل أن ذمة الكفيل لا تبرأ لمجرد تأخر الدائن فى اتخاذ الاجراءات ضد المدين ، ولو ترتب على هذا أن أعسر المدين فأصبح رجوع الكفيل عليه عديم الجدوى . وقد نص المشرع على ذلك فى المادة ١/٧٨٥ مدنى بقوله : « لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات ، أو لمجرد أنه لم يتخذها » .

ولكن إذا كان تأخر الدائن فى اتخاذ الاجراءات لا يعتبر اضعافاً للتأمينات ، فلا تبرأ ذمة الكفيل ، إلا أنه يعرض الكفيل لخطر اعسار المدين بعد يسره ، لا يستفيد من الرجوع . وقد كان القانون القديم يخول للكفيل ، دفعاً لهذا الخطر ، الحق فى مطالبة المدين عند حلول

---

(١) الوسيط – ١٠ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص٢٤٩ وما بعدها.
(٢) التقنين المدنى – للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٥٧٦ ، ٥٧٧.

أجل الدين ولو مد الدائن الأجل ولم يبرئ الكفيل . ولكن القانون الجديد لا يجيز رجوع الكفيل على المدين إلا إذا كان قد وفى الدين فلجأ إلى وسيلة أخرى لحماية الكفيل من تأخر الدائن فى مطالبة المدين ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٧٨٤ مدنى : « على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل للدائن ، ما لم يقوم المدين لكفيل ضماناً كافياً » .

ولما كان الغرض من الانذار هو مطالبة الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين ووضعه موضع التقصير إذا لم يتخذها ، فيجب أن يتم فى وقت يستطيع الدائن فيه مباشرة هذه الاجراءات ، أى عند استحقاق الدائن المكفول ، فلا أثر للانذار الذى يوجه قبل ذلك . ولكن العبرة فى تحديد وقت استحقاق الدين هى بحلول الأجل الأصلى . فيجوز توجيه الانذار عند حلول هذا الأجل ولو كان الدائن قد منح المدين أجلاً جديد لأن الكفيل له أن يتجاهل امتداد الأجل .

فإذا تم الانذار ، كان على الدائن أن يتخذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر ، وذلك بأن يرفع الدعوى إن كان سند الدين عرفياً أو يتخذ اجراءات التنفيذ إن كان بيده سند تنفيذى . فإن لم يفعل ذلك ، ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً لاستيفاء ما قد يضطر إلى دفعه للدائن ، كان للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته.فى مواجهة الدائن سواء برفع دعوى الدائن أو برفع دعوى مبتدأة يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته ولو كان المدين موسراً .

وإذا بدأ الدائن فى الاجراءات خلال ستة أشهر ، فيجب عليه أن يسير فيها وفقاً لمسلك الرجل المعتاد ، فلا يسعى إلى اطالة الاجراءات أو يهمل فيها حتى تطول ، وإلا كان مسئولاً وفقًا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية (١) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- انه وإن كان الأصل أنه إذا امتد الايجار بحكم القانون بعد انقضاء

---

(١) عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفى – المرجع السابق ص٧٩ و٨٠ .

ـدته . فإنه طبقاً للقواعد المقررة فى امتداد الايجار يمتد بنفس شروط الايجار الأصلى ، فتكون التزامات المؤجر هى نفسها التزاماته السابقة . وكذلك تكون التزامات المستأجر ، وتبقى التأمينات العينية والشخصية التى تكلف التزامات المستأجر فى الايجار الأصلى كافلة لهذه الالتزامات بعد أن امتد الايجار ، إلا أنه متى كان الامتداد تطبيقاً لتشريعات استثنائية ، فإن الكفيل الذى يكفل المستأجر قبل صدور هذه التشريعات لا تمتد كفالته لالتزامات المستأجر عند امتداد الايجار إلا إذا قبل ذلك ، لأنه وقت أن كفل المستأجر كما يقصد كفالته فى المدة المتفق عليها فى الايجار ولم يدخل فى حسبانه أن هذه المدة ستمتد بحكم التشريع الاستثنائى إذ كان ذلك ، وكان الطاعن الثالث قد كفل الطاعنين الأول والثانى فى سداد أجرة السنتين المتفق عليهما فى العقد وقبل صدور القرار بقانون رقم ١٣٩ سنة ١٩٦٩ وهو تشريع استثنائى قضى بامتداد عقود الايجار بحكم القانون إلى نهاية سنة ١٩٦٤/١٩٦٥ الزراعية ، فإن كفالته لا تمتد بامتداد الايجار إلا إذا قبل ذلك ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر واستخلص امتداد الكفالة أخذاً بامتداد العقد دون أن يعنى ببحث دفاع الطاعن الثالث من أنه لم يرتض امتداد كفالته وهو بحث قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب . ولا وجه لما يقوله الطاعن الثالث من أن كفالته قد انقضت لتأخر الدائن فى اتخاذ الاجراءات ضد المدين ، ذلك لأن قوام هذا النعى التمسك بتطبيق المادة ٧٨٥ من القانون المدنى ، وهو دفاع قانونى يخالطه واقع لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع ولم تكن عناصره الواقعية مطروحة عليها ، ومن ثم فلا تجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (١) .

مادة ٧٨٦ – إذ أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين وإلا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن .

---

(١) نقض جلسة ١٩٧٥/٢/١٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٣ مدنى ص٦١٠ .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٩٥ ليبى و٧٥٢ سورى و١٠٢٨ عراقى و١٠٧٣ لبنانى و٦٦٨ سودانى و٧٥٨ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

اقتبس المشروع هذا النص من تقنين الالتزامات السويسرى (م٥١١) والتقنين البولونى (م٦٤٣) وليس له مقابل فى التقنين المصرى ، ولا فى التقنين الفرنسى أو المشروع الفرنسى الايطالى . على أن الحكم الوارد به أصبح من الواجب تقريره بعد أن نص المشروع على عدم مسئولية الدائن لمجرد التأخر فى اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها (١) .

رأى الفقه :

١- تعرض المادة ٧٨٦ مدنى لحالة ما إذا أفلس المدين قبل حلول الدين المكفول ، فتنص على أنه يجب على الدائن فى هذه الحالة أن يتقدم بحقه فى تفليسة المدين ويتقاضى من هذه المقدار الذى يصيبه بحسب قيمة هذا الحق ، فإذا لم يفعل فلم يصبه من تفليسة المدين شئ ، وأراد الرجوع على الكفيل ، سقط من حقه فى الرجوع على الكفيل ما كان يصيبه لو أنه تقدم بحقه فى تفليسة المدين .

ويبدو أن هذا هو الحكم أيضًا ، فيما لو أعسر المدين ، فيجب على الدائن أن يتقدم للحصول على ما يمكن الحصول عليه من حقه من مال المدين ، ثم يرجع بالباقى له على الكفيل وإذ كانت المادة ٧٨٦ مدنى لم تعرض إلا لحالة افلاس المدين ، فإن ذلك لم يكن إلا تطبيقًا للقواعد العامة من حيث الزام الدائن بمطالبة المدين فى الوقت المناسب ، وإلا كان

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ - ص٤٨٣ و٤٨٤ و٤٨٥ و٤٨٦ .

الدائن مسئولاً عن ذلك نحو الكفيل (١) .

٢- اقتبس المشرع هذا النص (م٧٨٦ مدنى) عن تقنين الالتزامات السويسرى (م٥١١) والتقنين البولونى (م٦٤٣) .

وليس لهذا النص مقابل فى التقنين المدنى القديم . والحكم الوارد به استثناء من القاعدة العامة الواردة بالمادة السابقة ، والتى تقضى بعدم مسئولية الدائن عن التأخر فى الاجراءات أو عن عدم القيام بها (٢).

٣- إذا كان المدين تاجراً وأشهر افلاسه ، حل أجل الالتزام المكفول وتكون وسيلة الدائن للحصول على حقه أو فى الأقل بعض هذا الحق هى التقدم بالدين فى التفليسة . ولما كان من غير الجائز أن يدخل الكفيل ، قبل أن يفى للدائن فى تفليسة المدين ، فقد حماه القانون بأن نص فى المادة ٧٨٦ مدنى على أنه : « إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن » . فإذا لم يتقدم الدائن بدينه فى التفليسة كان للكفيل أن يتمسك فى مواجهته ، بدفع أو بدعوى ، ببراءة ذمته من قدر من الدين يساوى ما كان يحصل عليه الدائن لو أنه تقدم فى التفليسة (٣) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- متى كان الحكم الابتدائى قد انتهى فى أسبابه إلى تقرير جواز رجوع الكفيل على المدين المفلس بما أداه من ديون لدائنيه وقضى فى منطوقه بندب خبير لبيان المبلغ الذى استفاده المدين ، مما أداه كفيله عنه ، فإن الحكم بذلك يكون قد قضى قضاء قطعيًا فى أصل الحق المتنازع عليه هو حق الرجوع وأنهى النزاع بين الطرفين فى هذا الخصوص وحصر الخصومة بعد ذلك فى بيان المبلغ الذى استفاده

---

(١) التقنين المدنى – للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق ص٥٧٧ .
(٢) الوسيط – ١٠ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص٢٥٥ ما بعدها .
(٣) عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفى – المرجع السابق ص٨٠ و٨١ .

المدين المكفول مما أداه عنه الكفيل (١) .

مادة ٧٨٧ – يلتزم الدائن أن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع .

فإذا كان الدين مضمونًا بمنقول مرهون أو محبوس . وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل .

أما إذا كان الدين مضمونًا بتأمين عقارى ، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٩٦ ليبى و٧٥٣ سورى و١٠٢٦ عراقى و٦٦٩ سودانى .

الأعمال التحضيرية :

يقرر هذا النص واجبًا منطقيًا على الدائن إزاء الكفيل مبناه حلول الكفيل محل الدائن ، فيجب إذن أن يمكنه من هذا الحلول . والنص منقول عن المادة ٥٠٨ من تقنين الالتزامات السويسرى ، مع شئ من التفصيل قصد به زيادة الايضاح ومنع اللبس . وحكمه غنى عن التعليق إذ هو مجرد تطبيق للقواعد العامة (٢) .

رأى الفقه :

١- يفترض نص المادة ٧٨٧ مدنى أن الكفيل لم ينجح فى دفع دعوى الدائن أو لم يدفعها بدفع ما ، فحكم عليه بالدين ، أو أن الكفيل تقدم مختارًا للدائن دون دعوى ووفى الدين ، ففى هذه الحالة يكون للكفيل الذى وفى عن المدين حق الرجوع على هذا الأخير إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، وسيأتى بيان ذلك . وفى جميع الأحوال ،

---

(١) نقض جلسة ١٩٥٨/٢/٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٩ مدنى ص١٢٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص٤٩٢ و٤٩٣ .

عند وفاء الكفيل بالدين للدائن ، يجب على هذا الأخير أن يمكنه بما يستطيع من الرجوع على المدين . ويكون ذلك عقب وفاء الكفيل بالدين ، إذا أظهر الدائن استعداده للقيام بالتزامه بمجرد استيفاءه . فإذا أنس الكفيل من الدائن أنه غير مستعد للوفاء بالتزامه ، استطاع الكفيل بدلاً من أن يوفى له الدين ، أن يودعه ايداعًا قضائيًا طبقًا للقواعد المقررة لذلك ، وعند ذلك يستطيع بعد هذا الايداع القضائى أن يرجع على المدين . وكان ذلك قياساً على ما نصت عليه المادة ٣٤٩ مدنى .

والذى يلزم به الدائن نحو الكفيل إذا وفى هذا الأخير الدين الأول ، هو ما يأتى :

أولاً : أن يسلم الدائن للكفيل المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع . ومن أهم هذه المستندات مستندات الدين المكفول وهى فى يد الدائن فيجب أن يسلمها للكفيل حتى يرجع هذا بموجبها على المدين ، ومخالصة من الدائن بأنه استوفى الدين من الكفيل وبذلك يثبت هذا الأخير أنه وفى الدين فيستطيع الرجوع على المدين . وغنى عن البيان أن الكفيل إذا اضطر إلى ايداع الدين ايداعاً قضائيًا كما قدمنا ، يستطيع أن يحصل على شهادة بذلك فتغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة ، فيتمكن من الرجوع على المدين .

ثانيًا : ولما كان الكفيل يستطيع الرجوع على المدين بدعوى الحلول كما سنرى ، فإن الدائن يلتزم بتمكينه من هذا الحلول فى تأمينات الدين . فإذا كانت هذه التأمينات واقعة على منقول وكان المنقول فى يد الدائن ، وذلك كما إذا كان فى يد الدائن منقول مرهون رهناً حيازياً ضماناً للدين ، أو ما هو فى حكم التأمين إذا كان هناك منقول فى يد الدائن محبوس فى الدين ، وجب على الدائن أن يسلم للكفيل هذا المنقول . وذلك حتى يحل فيه محل الدائن فى حق رهن الحيازة أو فى الحق فى الحبس ، فيحبسه فى يده كما كان يحبسه الدائن ، ضماناً لحقه فى الرجوع على المدين .

ثالثاً : أما إذا كان التأمين عقارياً ، بأن كان هناك عقار مرهون رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً أو مأخوذاً عليه حق اختصاص أو واقعاً عليه حق

امتياز ضماناً للدين ، فإنه يجب على الدائن أن يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل ليحل محله فيه . ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على المدين ضمن ما يرجع به عليه .

ويترتب على ما تقدم أن الدائن يلتزم بالمحافظة على تأمينات الدين عقاراً كانت أو منقولاً سواء قدمت مع الكفالة أو قبلها أو بعدها ، حتى يحل فيها الكفيل محله (١) .

٢- نص المادة ٧٨٧ مدنى منقول عن المادة ٥٠٨ من تقنين الالتزامات السويسرى مع زيادة بعض التفاصيل .

ولا مقابل له فى التقنين المدنى القديم . وحكمه مجرد تطبيق للقواعد العامة . فيما أن الكفيل يحل محل الدائن ، فمن واجبه إذن أن يمكن له من هذا الحلول ، سواء بتسليم الكفيل سند الدين ، أم باحلاله محل الدائن فى التأمينات التى تكون ضامنة لهذا الدين (٢) .

٣- نص الفقرة الأولى من المادة ٧٨٧ مدنى يقرر ، كما تقول المذكرة الايضاحية ، واجباً منطقياً على الدائن بازاء الكفيل مبناه حلول الكفيل محل الدائن ، فيجب إذن أن يمكن له من هذا الحلول .

وينشأ التزام الدائن بحكم القانون بمجرد استيفاء حقه من الكفيل ، بل بمجرد ابداء استعداده للوفاء . فإذا امتنع الدائن عن تسليم المستندات ، جاز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء ، وله أيضاً أن يلجأ إلى الايداع القضائى .

وبعد أن نص المشرع فى المادة ١/٧٨٧ مدنى على الزام الدائن بتسليم المستندات للكفيل ، نص فى الفقرتين التاليتين على التزام كالسابق مبناه حلول الكفيل محل الدائن ، فالكفيل يحل محل الدائن فيما له من تأمينات ، فيجب على الدائن أن يمكنه من الاستفادة من هذا الحلول .

---

(١) الوسيط – ١٠ – للدكتور السنهورى– المرجع السابق – ص١٣٤ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى – للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٥٧٨ .

وهنا أيضًا يجوز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء إلى أن يقوم الدائن بما يجب عليه فى سبيل نقل التأمينات ، وله أن يلجأ إلى الايداع القضائى (١) .

مادة ٧٨٨ – لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين .

ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٩٧ ليبى و٧٥٤ سورى و١٠٢١ عراقى و١٠٧٢ لبنانى ٦٧٠ سودانى و١٤٩٨ تونسى و٧٦٠ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

تعرض هذه النصوص من ١١٤٤ – ١١٤٧ المختلفة لحق التجريد ، ويقابلها فى التقنين الحالى (القديم) ٥٠٢ و٦١٢ .

وقد اختلفت وجهات النظر بين التقنينات المختلفة بشأن التجريد : يجوز للدائن أن يرجع مباشرة على الكفيل أن يدفع هذا التجريد إذا شاء ، أم يلتزم الدائن قبل الرجوع على الكفيل بأن يجرد المدين من أمواله ؟ والتقنين المصرى ، شأنه شأن التقنين الفرنسى والمشروع الفرنسى الايطالى ومعظم التقنينات الأخرى يجيز للدائن الرجوع على الكفيل مباشرة . وهناك أقلية من التقنينات تلزم الدائن بتجريد المدين قبل أى رجوع على الكفيل (انظر على الأخص التقنين الألمانى م٧٧١ والتقنين العينى م٧٤٥) أما المشروع فإنه يجارى رأى الأغلبية لأنه الرأى

(١) عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق ص٨١ و٨٢ .

الذى يوفق بين المصالح المختلفة ، مصلحة الدائن ومصلحة الكفيل ، فهو يجوز للدائن الرجوع مباشرة على الكفيل ، على أن يدفع هذا بالتجريد إذا شاء ، لكن يلزمه فى هذه الحالة إثبات وجود أموال لدى المدين تكفى لوفاء الدين .

والمادة ١١٤٤ تطابق المادة ٧١٩ من المشروع الفرنسى الايطالى التى هى بدورها مجرد تكرار للمادة ٢٠٢١ من التقنين الفرنسى . والحكم الوارد بها يطابق حكم التقنين الحالى فى المادة ٦١٢/٥٠٢ ، وذلك فيما عدا أن المشروع لم يتطلب كالتقنين الحالى أن يكون أموال المدين كافية لوفاء الدين بتمامه ، مراعاة لجانب الكفيل خصوصاً وأنه لن يترتب على ذلك ضرر للدائن إن يحق له أن يطالب الكفيل فى الحال بأداء الباقى .

والمادة ١١٤٥ تطابق المادة ٧٢٠ من المشرع الفرنسى الايطالى المنقولة عن المادة ٢٠٢٢ من التقنين الفرنسى . ولم تعرض المادة ٦١٢/٥٠٢ من التقنين الحالى صراحة لبيان متى يجب الدفع بالتجريد هل يلزم التمسك به قبل التعرض لموضوع الدعوى ، أم أن هذا الدفع يصح ابداؤه فى أى وقت إلا إذا حصل من الكفيل ما يدل على تنازله عنه ؟ وقد اختلف القضاء المصرى فى هذا الموضوع (أنظر على الأخص نقض ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ مج نقض ٢ ص٧٦ رقم ٣١ - استئناف أهلى ٧ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص٨٨٩ رقم ٥٣٤ - ٩ مارس سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص٣٤٣- استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٢٣ب ٣٤ ص٤٧٨ المنصورة الابتدائية أول ديسمبر سنة ١٩١٤ مج (١٦ ص٤٨ رقم ٢٩) والنص الذى يقرره المشروع يقطع برأى فى هذا الخلاف (١).

رأى الفقه :

١- يخلص من نص المادة ١/٧٨٨ مدنى أنه إذا بدا الدائن بالرجوع على الكفيل وحده ، فللكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ - ص٤٩٥ و٤٩٦ و٤٩٧ .

رجوعه أولاً على المدين . والذى يقع فى العمل أن الدائن يبدأ بالرجوع على الكفيل وحده ، وكذلك لا يبدأ بالرجوع على المدين وحده ، وإنما يرجع عليهما معًا فى وقت واحد ويطالبهما بوفاء الدين ، المدين باعتباره مدينًا أصليًا والكفيل باعتباره كفيلاً ، وفى هذه الحالة لا محل للدفع بوجوب الرجوع على المدين أولاً ، فقد رجع الدائن على المدين والكفيل فى وقت واحد .

ولكن قد يقع أن الدائن يتعجل ، وقبل أن يتثبت من جدوى الرجوع على المدين يتركه ويرجع على الكفيل وحده . ففى هذه الحالة يكون للكفيل الحق فى دفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولاً على المدين ، طبقًا لنص المادة ١/٧٨٨ مدنى سالفة الذكر . ولم يكن فى التقنين المدنى السابق نص يماثل هذا النص ، كما لا يوجد فى التقنين المدنى الفرنسى نص مثله .

وإذ وجد نص المادة ١/٧٨٨ فى التقنين المدنى المصرى الجديد . فقد وجب على الدائن أن يرجع أولاً على المدين ، وذلك قبل أن يرجع على الكفيل . فإن رجع على الكفيل أولاً ، كان لهذا أن يدفع رجوع الدائن بوجوب رجوعه أولاً على المدين . ويبدو أن هذا الدفع بسبق الرجوع على المدين كان يختلط فى ظل التقنين المدنى السابق ، كما يختلط الآن فى ظل التقنين المدنى الفرنسى ، بالدفع بالتجريد الذى سيأتى بيانه . فكان الكفيل يدفع رجوع الدائن عليه أولاً بالدفع بالتجريد . وكان عليه منذ مطالبة الدائن له أن يقوم بارشاده إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ، ولا ينتظر حتى يجئ دور التنفيذ على ماله ، فلم يكن هناك إلا دفع واحد هو الدفع بالتجريد يدفع به الكفيل مطالبة الدائن اياه إذا بدأ هذا بمطالبته . فإذا فات الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن اياه بالدفع بالتجريد ، وحصل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل وشرع الدائن بالتنفيذ عن أموال الكفيل ، فقد كان لهذا الأخير أن يتدارك ما فاته عند مطالبة الدائن اياه بالدين ، ويدفع بالتجريد متمسكًا بأنه لا يجوز التنفيذ على ماله إلا بعد تجريد المدين . ولكن الدفع بالتجريد هو ، بنفس شروطه وآثاره ، سواء دفع به من مبدأ الأمر عند مطالبة

الدائن الكفيل ، أو دفع به بعد ذلك عند تنفيذ الدائن على مال الكفيل ، وهناك إذن فى التقنين المدنى الجديد دفعان متميزان أحدهما عن الآخر ، الدفع برجوع الدائن على المدين أولاً والدفع بالتجريد . وأصبح هذا التمييز قائماً فى التقنين المدنى الجديد ، ولم يقتصر الأمر على مجرد التسمية بل تعداه إلى الشروط .

ففيما يتعلق بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً ، نبحث شروط هذا الدفع وما يترتب عليه من أثر .

أما شروط الدفع ، فثلاثة :

الأول : الا يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى رجوع الدائن على المدين أولاً قبل أن يرجع عليه ، فإن هذا قد تقرر لمصلحته فله أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً فى عقد الكفالة أو بعد ذلك .

الثانى : أن يكون رجوع الدائن على المدين ذا فائدة . فإذا كان المدين معسراً أو ظهر العجز عن الوفاء بالدين بأن لم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها ، فلا فائدة من تمسك الكفيل بحقه ولا مصلحة له فى ذلك . وعبء الإثبات هنا يقع على الدائن لا على الكفيل ، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين معسر أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين ، وهذا بخلاف الدفع بالتجريد فسنرى أن عبء إثبات وجود أموال للمدين يمكن التنفيذ عليها يقع على الكفيل .

الثالث : أن يتمسك الكفيل بالدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، وذلك بأن الدفع هو دفع بعدم القبول ، والدفع بعدم قبول الدعوى يجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى . ولكن لابد من أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

ويترتب على التمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً ، إذا استوفى هذا الدفع الشروط الثلاثة السابق بيانها ، أن يقضى بعدم قبول الدعوى التى رفعها الدائن على الكفيل وحده . ويجب عندئذ على الدائن إذا لم يرفع الدعوى على كل من المدين والكفيل فى وقت

واحد فتكون مقبول أن يرجع على المدين أولاً يطالبه قضائياً بوفاء الدين فلا يكفى إذن اعذار المدين بالوفاء ، بل تجب المطالبة القضائية ، ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء ، إذ كان لدى الدائن سند رسمى قابل للتنفيذ ضد المدين ، كذلك يحل محل المطالبة القضائية إذا كان المدين قد أفلس فامتنع على الدائن اتخاذ اجراءات فردية ضده أن يتقدم الدائن بحقه فى التفليسة ، وهذا يعتبر رجوعاً على المدين .

وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٢٨٨ مدنى بأنه لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله ، ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق . والدفع بالتجريد لا يكون إلا عندما يحصل الدائن على سند قابل التنفيذ من الكفيل ويشرع فى التنفيذ على أمواله . فحينئذ يحق للكفيل أن يدفع بأنه لا يجوز التنفيذ عليه إلا بعد تجريد الدائن المدين من أمواله .

والدفع بالتجريد - بمعناه الواسع الشامل بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً - مبنى على اعتبارات قائمة على العدالة ، فقد كان الكفيل ، طبقاً لحرفية التزامه ، مسئولاً عن الوفاء بالدين إذا لم يقم المدين بوفائه عند حلول أجله ، إذ كان الكفيل يضمن للدائن الوفاء الأمين بالدين ، أى الوفاء عند حلول أجل الدين . ولكن القانون أتاح للكفيل هذا التأجيل ، عن طريق الدفع بالتجريد ، لأن الكفيل جدير بالرعاية ، فهو يوفى ديناً ليس بدينه بل دين غيره ، ويريد بذلك عادة تقديم خدمة لهذا الغير بكفالته وتقوية ائتمانه ، فيكون من العدل أن يتاح الكفيل أن يطلب من الدائن قبل أن يرجع عليه أن يتأكد من استحالة تنفيذ المدين لالتزامه . ولا ضرر فى هذا على الدائن ، إذ هو سيستوفى حقه من الكفيل إذا لم يستوفه من المدين . ويمكن القول أيضاً إن هذه هى النية المفترضة للكفيل عندما كفل المدين إذ هو رجع عليه [1] .

٢- يجازى المشرع التقنين القديم ، وأغلبية التقنينات الأجنبية ،

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص٩٧ ص١١٢ وما بعدها .

فيجيز للدائن الرجوع مباشرة على الكفيل على أن يدفع هذا بالتجريد إذا شاء . وهذا الحكم يوفق بين مصلحة الدائن ومصلحة الكفيل . كما جارى المشرع التقنين الحالى فى أنه لم يعرض صراحة لبيان متى يجب الدفع بالتجريد ، هل يلزم التمسك به قبل التعرض لموضوع الدعوى ، أم يصح ابداءه فى أى وقت مادام الكفيل لم يتنازل عنه ؟ ومعلوم أن هذا الموضوع مثار خلاف فى القضاء ، فكان أجدر بالمشرع أن يقطع برأى فيه فلا يتركه معلقًا . وقد كانت المادة ١١٤٥ من مشروع اللجنة التحضيرية تقضى بوجوب ابداء هذا الدفع « عند الاجراءات الأولى » التى توجه ضد الكفيل ، وبعبارة أخرى قبل التعرض لموضوع الدعوى ، ولكن هذه العبارة حذفت من مشروع الحكومة (م٨٥٦) ، ولم يرد ذكرها فى المادة ٧٨٨ مدنى . فإذا جعلنا لهذا الحذف دلالته ، أمكن أن نستنتج أن المشرع قد انحاز إلى الرأى القائل بامكان ابداء هذا الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، إلا إذا حصل من الكفيل ما يدل على تنازله عنه .

٣- المقصود بالرجوع على الكفيل ، فى نص المادة ١/٧٨٨ مدنى ، هو المطالبة القضائية أى رفع الدعوى فلا يكفى لرفع الدعوى على الكفيل أن يكون الدائن قد أعذر المدين ، بل يجب أن يكون قد رفع دعوى من قبل على المدين أو على الأقل أن يرفع الدعوى على الكفيل والمدين معًا . ولكن إذا كان المقصود بالرجوع على المدين هو رفع الدعوى ، فذلك عندما يكون هو الاجراء الطبيعى للمطالبة ، وعلى ذلك فإذا كان الدين ثابتًا بسند رسمى وحيث لا يكون الدائن فى حاجة إلى رفع دعوى على المدين ، فيكفى لرجوعه على الكفيل أن يكون قد أعذر المدين بالوفاء من قبل ، وكذلك إذا أفلس المدين التاجر فامتنع على دائنيه اتخاذ الاجراءات الفردية ضده ، فيكفى أن يكون الدائن قد تقدم بدينه فى التفليسة حتى يثبت له الحق فى مطالبة الكفيل .

فإذا رفع الدائن الدعوى على الكفيل وحده وقبل أن يطالب المدين ، أو قبل اعذاره فى حالة وجود سند رسمى أو التقدم فى التفليسة عند الافلاس ، كان للكفيل أن يدفع مطالبته هذه . وهذا الدفع ليس دفعًا

موضـوعياً إذ يرد على الحق المطالب به . كما أنه ليس دفعًا شكلياً إذ لا يدخل فى الدفوع الشكلية التى نص عليها قانون المرافعات على سبيل الحصر ، بل هو دفع بعدم قبول الدعوى ولهذا يجوز ابداؤه فى أية حالة تكـون عليها الدعـوى ولـو فى الاستئناف . ولا يمس الحكم به أصل الحق ، فيجوز للدائن أن يعود ويطالب الكفيل بعد أن يكون قد رفع الدعوى على المدين أو أشرك المدين والكفيل معاً فى المطالبة . فما هى الشروط التى يجب أن تتوفر حتى يجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع ، وهل يلزم أن يتمسك به الكفيل أم يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم القبول دون تمسك الكفيل .

فإذا توافرت الشروط الثلاثة لعدم مطالبة المدين وهى : (١) الا يكـون الكفيل متضامناً مع المدين (٢) أن تكون مطالبة المدين بجدية (٣) الا يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى أن يرجع الدائن على المدين قبل رجوعه عليه ، سواء كان النزول عند عقد الكفالة ، أو بعد ذلك ، وسواء كان النزول - إذا توافرت هذه الشروط ، فهل يلزم حتى تحكم المحكمة بعدم قبول دعوى الدائن أن يتمسك بذلك الكفيل أم يجوز للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها ؟ هذه مسألة خلافية ، ففى رأى المشرع لا يشترط تمسك الكفيل بالدفع ، فللمحكمة أن تقضى بعدم القبول من تلقاء نفسها ، وهو ما يستخلص من مقارنة الفقرة الأولى من المادة نفسها التى تنص على حق الكفيل فى تجريد المدين وتقول : «... ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق» . وفى رأى آخر ، وهو الغالب ، أنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم القبول من تلقاء نفسها بل يجب أن يتمسك بذلك الكفيل ، ولو أن المشرع لم ينص على ذلك كما نص بالنسبة للدفع بالتجريد ، وذلك لأن عدم قبول الدعوى لرفعها على الكفيل وحده قبل مطالبة المدين قد قصد به حماية مصلحة خاصة للكفيل فهو لا يتعلق بالنظام العام وبالتالى لا يجوز أن تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، وهذا هو الرأى الذى يفضله الدكتور منصور مصطفى منصور ، وخصوصاً وصاحب الرأى الأول

يسلم بحق الكفيل فى النزول من التمسك بالدفع ويقول أن هذا لا يتسق مع مابدا من قصد المشرع اعتبار الدفع قائماً دون حاجة إلى تمسك الكفيل به ، ولا يأخذ برأيه فى جواز الحكم بعدم القبول دون تمسك الكفيل إلا على أساس أن ارادة المشرع فى هذا المعنى واضحة من مقارنة فقرتى المادة ٧٨٨ مدنى بما لا يحتمل تفسيراً أو تأويلاً ، بل أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية لهذه المادة يزيد هذا المعنى تأكيداً ، فلا يبقى إلا التسليم به بالرغم مما يرد عليه من نقد . ويرى الدكتور منصور مصطفى منصور أن ارادة المشرع غير واضحة فى اشتراط أو عدم اشتراط تمسك الكفيل . وبيان ذلك أنه إذا جاز استخلاص ارادة المشرع فى عدم اشتراط تمسك الكفيل بالدفع بعدم القبول من مقارنة فقرتى المادة ٧٨٨ مدنى ، فلا يكون ذلك إلا عن طريق الاستنتاج بمفهوم المخالفة هو غير جائز فى هذه الحالة ، إذ ليس بين الدفع بعدم القبول لعدم مطالبة المدين أولاً والدفع بالتجريد أية صلة تسمح باستنتاج حكم للأول مخالف للحكم المنصوص عليه بالنسبة للثانى ولهذا يعتبر مسألة لزوم أو عدم لزوم تمسك الكفيل بالدفع مسكوتاً عنها فيفصل فيها على ضوء الغرض من الدفع (١) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- إن هناك مبدأ عاماً يقضى بأن الضامن لا يطالب بالضمان إذا أثبت أن حلوله محل الدائن أصبح متعذراً بفعل هذا الأخير أو حتى بمجرد تقصير منه كما إذا أجرى المكرى اتفاقاً مراكتة مع المكترى على فسخ عقده الكراه التى لم تنته مدتها وبدون اعلام الضامن بذلك وتمكين المكترى المذكور (وهو المدين) من اخراج البضاعة التى كانت بالمكترى بدون اجراء حق الحبس الذى خوله القانون وقد ضيع هكذا على الضامن ضمانه ومنع حصول الحلول القانونى بصفة مفيدة كما أنه بفعله هذا قد ضيع حق الانتفاع بالتسويغ الذى يتبع كسب المدين

---

(١) عقد الكفالة– للدكتور منصور مصطفى– المرجع السابق – ص٥٤ وما بعدها.

والذى كان من الممكن للضامن التصرف فيه ، ولذا فإنه لم يبق مطلوباً بأدنى ضمان تطبيقاً للفصلين ٢٢٦ و ٧٨٨ الفقرة الثالثة والفصل ١٤٩٨ الفقرة الثانية من المجلة المدنية (١) .

مادة ٧٨٩ – إذ طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقوم على نفقته بارشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله .

ولا عبرة بالأموال التى يدل عليها الكفيل ، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأرض ، أو كانت أموالاً متنازعاً فيها .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية : مادة ٧٩٨ ليبى و ٧٥٥ سورى و ١٠٢٢ عراقى و ١٠٧٢ لبنانى و٦٧١ سودانى و ١٤٩٨ تونسى و٧٦١ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

المادة ١١٤٤ مكررة ، مطابقة للمادة ٧٢١ فقرة أولى من المشروع الفرنسى الايطالى ، ولا مقابل لها فى التقنين الحالى (القديم) . ولكن ذلك لم يمنع القضاء المصرى من الأخذ بحكمها (أنظر على الأخص استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١١ ب٢٣ ص٣٠٠ – ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ ب ٢٨ ص ١٥٧ – ٢٢ مارس سنة ١٩١٦ ب٢٨ ص ٢٠٧ – ٨ يونية سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص٤٧٨ – ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ ب ٢٥ ص٤٥) . وقد رأى المشروع من المناسب أن يدعم هذا القضاء بنص صريح .

أما المادة ١١٤٦ فهى تطابق الفقرة الثانية من المادة ٧٢١ من المشروع الفرنسى الايطالى (٢) .

---

(١) محكمة التعقيب التونسية – جلسة ١٩٤٤/٥/١٦ – مجلة القضاء والتشريع – ١٩٦٠ العدد ٩ و ١٠ – ص١٤٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص ٥٠٢ و ٥٠٣ و٥٠٤ و ٥٠٥ .

رأى الفقه :

١- يستخلص من المادة ٧٨٩ مدنى ومن المادة التى قبلها ، أن شروط دفع الكفيل بالتجديد ثلاثة :

أ- يجب أن يكون الكفيل قد نزل مقدماً عن الدفع بالتجريد ، إما عند الكفالة أو بعد ذلك ، إذ للدفع بالتجريد حق خاص بالكفيل تقرر لصالحه ، فله أن ينزل عنه ، وعندئذ لا يجوز له استعماله بعد هذا النزول ، وتنص على ذلك صراحة المادة ٢٠٢١ مدنى فرنسى . وغنى عن البيان أنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فليس له حق التجريد ، إذ أن قواعد التضامن تقتضى أن يرجع الدائن إذا شاء على الكفيل المتضامن أولاً ، أما الكفيل غير المتضامن فله أن يطلب تجريد المدين إلا إذا كان قد نزل عن هذا الحق . ويكون النزول عن الدفع بالتجريد صريحاً أو ضمنياً .

ب- يجب أن يتمسك الكفيل بحقه فى التجريد ، فلا يحكم به القاضى من تلقاء نفسه ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢/٧٨٨ مدنى . ولما كان الدفع بالتجريد ، فى التقنين المدنى الجديد ، إنما يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة القضائية ، فيبدو أنه يترتب على ذلك أن الدفع لا يكون مقبولاً من الكفيل إلا عندما يشرع الدائن فى التنفيذ على أمواله بموجب سند قابل للتنفيذ عنده ، ويظهر أن الكفيل يستطيع ابداء الدفع بالتجريد عن طريق الاستشكال فى التنفيذ ، وكذلك يستطيع عقب التنبيه على الكفيل بالوفاء وايداع قائمة شروط البيع فى العقار أن يبدى الدفع بالتجريد بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع . وعلى ذلك إذا لم يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد فى أثناء نظر دعوى مطالبة الدائن اياه بالدين ، لم يعتبر ذلك منه نزولاً ضمنيًا عن هذا الدفع لأن الدفع يتعلق بالتنفيذ لا بالمطالبة ويبقى حق الدفع بالتجريد للكفيل بعد ذلك ، وبخاصة إذا وجد للمدين مال يصلح للتنفيذ عليه فيما بعد . إن سكوت الكفيل عن الدفع بالتجريد قبل أن يجد للمدين هذا المال لا يعتبر نزولاً ضمنياً عن الدفع . فيكون للكفيل أن يدفع بالتجريد ابتداء من شروع الدائن فى التنفيذ على ماله إلى أن يتم هذا التنفيذ ، مالم

ينزل الكفيل عن الدفع صراحة أو ضمنًا ويمكن استخلاص النزول الضمنى عن الدفع عن عدم التمسك الكفيل به إلى أن يقطع الدائن فى التنفيذ مرحلة كبيرة، وعلى كل حال يعتبر النزول الضمنى عن الدفع مسئولية موضوعية يقدرها قاضى الموضوع فيجوز فى تطبيق النص الحالى والقانون القديم للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد فى أى وقت ما لم يصدر عنه ما يدل على نزوله عنه

جـ- يجب أن يقوم الكفيل عن نفقته بارشاد الدائن إلى أموال المدين تفى بالدين كله ، بشرط أن تكون هذه الأموال واقعة فى داخل البلاد المصرية وليس أموال متنازعًا فيها - فيتخلف هذا الشرط إذا اشهر افلاس المدين أو اعساره . ويجب أن تفى تلك الأموال التى يرشد الكفيل عنها بالدين كله لا بجزئه ، ويصح أن يكون تلك الأموال عقاراً أو منقولاً، وأن تكون فى داخل الجمهورية حتى يسهل التنفيذ عليها ، والا تكون متنازعاً فيها، لأن الأموال المتنازع فيها غير مأمونة العاقبة يصعب التنفيذ عليها ، وقد تقضى اجراءات قضائية طويلة ومعقدة وأن يكون الارشاد عن تلك الأموال على نفقة الكفيل لأنه المستفيد من هذا الارشاد (م٧٨٩/٢ مدنى)، ومن المصروفات التى يتحملها الكفيل فى هذا الصدد مصروفات استخراج صور لمستندات ملكية المدين للأموال التى دل عليها وكذلك مصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال (١) .

٢- تطلب المشرع فى المادة ٧٨٩ مدنى ، كالتقنين القديم ، أن تكون أموال المدين كافية الوفاء بتمامه . وأضاف فى المادة ٧٨٩ مدنى حكمًا أخذ به القضاء ، بالرغم من عدم التصريح به فى التقنين القديم ، وهو يقضى بالزام الكفيل بارشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله ، وبأن يتحمل الكفيل نفقة هذا الارشاد . ويتضح من عبارة النص أنه لا محل لالزام الكفيل بدفعها مقدماً ، خاصة وأن مقدار هذه المصروفات يصعب عملاً تعيينه من قبل (٢) .

---

(١) الوسيط - ١٠ للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص١١٥ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى للدكتور محمد على عرفه المرجع السابق ص٥٨ .

مادة ٧٩٠ – فى كل الأحوال التى يدل فيها الكفيل على أموال المدين ، يكون الدائن مسئولاً قبل الكفيل عن اعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذه الاجراءات اللازمة فى الوقت المناسب .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٧٩٩ ليبى و ٧٥٦ سورى و ٧٦٢ سودانى و ٧٦٢ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

المادة ١١٤٥ مكررة تطابق نص المشروع الفرنسى الايطالى (م٧٢٢/١) الذى نقله بدوره عن المادة ٢٠٢٤ من التقنين الفرنسى . وحكمها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى المسئولية (١) .

رأى الفقه :

١- المفروض أن الدفع بالتجريد الذى أبداه الكفيل قد استوفى الشروط المطلوبة ، وأنه قد قبل . فيترتب على ذلك وقف اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ، ثم يجب على الدائن أن يتخذ اجراءات التنفيذ على أموال المدين التى دل عليها الكفيل . فإذا لم يتخذها فى الوقت المناسب ، كان مسئولاً قبل الكفيل عن اعسار المدين الذى يترتب على ذلك كما تقول المادة ٧٩٠ مدنى . وإذ اتخذها فحصل على حقه كله . فقد برئت ذمة الكفيل . وأما إذا حصل على بعض حقه فإنه يرجع بالباقى على الكفيل .

فأول أثر يترتب على قبول الدفع بالتجريد هو اذن وقف اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل . بل أنه عند ابداء الكفيل للدفع وقبل الفصل فيه ، تقف اجراءات التنفيذ حتى تفصل المحكمة فى الدفع ، فإذا رفض استمر الدائن فى اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل . أما إذا قبل ، فإنه يمتنع استمرار الدائن فى اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل ، ولكن ما

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ ص٥٠٨ .

تم من هـذه الاجـراءات يبـقى حـافـظاً لآثاره . ويلغى مـا اتخـذ من اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل عند ابداء الدفع بالتجريد فيلغى مثلاً حجز ما للكفيل لدى الغير ويجب رفع الحجز . ويلغى التنبيه بنزع الملكية الذى كما اتخذ ضد الكفيل وما يترتب عليه من آثار ، وتلغى اجراءات الحجز التنفيذى الواقع على منقولات المدين إذا لم تكن هذه الاجراءات قد تمت ، ويمتنع على الدائن أن يجرى المقاصة بين التزام الكفيل نحوه والتزام آخر فى ذمة الدائن للكفيل . ولكن ذلك لا يمنع الدائن من اتخاذ الاجراءات التحفظية على أموال الكفيل ، وقد كان التقنين المدنى القديم ينص على ذلك صراحة ، ولم يأت القانون الجديد بنص مماثل لأن ذلك تطبيق للقواعد العامة فيجوز العمل بالحكم دون نص .

وبعد وقف اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل يجب على الدائن أن يتخذ اجراءات على أموال المدين التى دل عليها الكفيل ، ويكون مسئولاً لدى الكفيل عن اعسار المدين الذى يترتب على عدم اتخاذ اجراءات التنفيذ فى الوقت المناسب (م٧٩٠ مدنى). فإذا دل الكفيل على منقولات للمدين، وتباطأ الدائن فى اتخاذ اجراءات التنفيذ عليها حتى تمكن المدين من اخفائها أو تهريبها أو تبديدها كان الدائن مسئولاً عما كان يحصل عليه من ثمن هذه المنقولات لو أنه اتخذ اجراءات التنفيذ بمجرد أن دل عليها الكفيل، لأن سهولة تهريب المنقولات تقتضى اتخاذ اجراءات سريعة للتنفيذ عليها . وكذلك يكون مسئولاً عن ترك الغير يكتسب ملكية عقار للمدين باستكمال مدة التقادم المكسب على الرغم من ارشاد الكفيل عن هذا العقار ، وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية، وذلك تطبيق للقواعد العامة ، ويقع عبء إثبات – تقصير الدائن – على الكفيل .

وعلى الدائن أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التى أرشد عنها الكفيل ، وأنه لم يحصل من التنفيذ عليها على حقه كاملاً ، ويثبت ذلك عادة بمحاضر الحجز ومحاضر عدم الوجود (١) .

---

(١) الوسيط – ١٠ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص١٢٥ وما بعدها .

مادة ٧٩١ – إذا كان هناك تأمين عينى خصص قانونًا أو اتفاقًا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامنًا مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٨٠٠ ليبى و ٧٥٧ سورى و ١٠٢٣ عراقى و ١٠٧٢ لبنانى و٦٧٣ سودانى و٧٦٣ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

اقتبس المشروع المادة ١١٤٧ عن المادة ٤٩٥ فقرة ٢ من التقنين السويسرى . وقد جاء التقنين الألمانى أيضًا بحكم مشابه لهذا النص فى المادة ٧٧٢ فقرة ٢ . ويمتاز النص الذى أورده المشروع بدقة العبارة بحيث يستبعد أوجه النقد التى أثارها نص التقنينين الألمانى والسويسرى . فالحكم الوارد بالمادة عام يشمل كل تأمين عينى من منقول أو عقار ، سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المكفول وحده أو مع ديون أخرى (١) .

رأى الفقه :

١- إذا كان هناك تأمين عينى على مال للمدين يضمن نفس الدين ، فيجوز للكفيل غير المتضامن مع المدين أن يطلب التنفيذ على هذا التأمين العينى قبل التنفيذ على أمواله هو ، وذلك إذا كان قد اعتمد على هذا التأمين العينى بأن كفل المدين والتأمين العينى موجود ، أى كفله بعد هذا التأمين أو معه .

والمقصود بالتأمين مال للمدين ، عقارًا أو منقول ، يكون مرهونًا رهنًا رسميًا أو رهنًا حيازيًا فى الدين ، أو عليه حق اختصاص أو حق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص٥١١ .

امتياز ضماناً للدين . وإذا كان النص (م٧٩١ مدنى) يقول : « إذا كان هناك تأمين عينى خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين » ، فاقتصر على تأمين عينى مصدره القانون أو الاتفاق ، فإنه لا يجب ابعاد حق الاختصاص ويؤخذ بموجب حكم قضائى لا بالقانون ولا بالاتفاق ، لأن أحكام الرهن الرسمى تسرى على حق الاختصاص . ولكن يجب استبعاد المال الذى يباشر عليه الدائن الحق فى الحبس ، لأن الحق فى الحبس ليس بتأمين عينى .

ولا يشترط فى التأمين العينى أن يكون قد خصص لضمان الدين المكفول وحده ، بل يجوز أن يضمن ديوناً أخرى معه كما تقول المذكرة الايضاحية للقانون المدنى . وظاهر أن هذه صورة خاصة للدفع بالتجريد .

فهناك شروط لتطبيق المادة ٧٩١ مدنى ، هى :

١- أن يكون هناك تأمين عينى قدمه المدين لضمان دينه . ويستوى أن يكون هناك تأمين على عقار أو منقول ، مخصصاً لضمان الدين المكفول وحده أو لضمان ديون أخرى معه . ويستوى كذلك أن يكون هذا التأمين العينى كافيًا للوفاء بالدين أو غير كاف للوفاء به ، ويشمل التأمين العينى الرهن الرسمى وحق الاختصاص والرهن الحيازى ، وحق الامتياز ، ولا يشمل الحق فى الحبس .

٢- أن يكون هذا التأمين العينى قد قدمه المدين قبل عقد الكفالة ، أو معاصراً لها . ولا يصح أن يكون متأخراً عن عقد الكفالة ، لأن الكفيل إنما يعتمد على تأمين عينى سبق كفالته أو عاصرها ولكنه لا يعتمد على تامين عينى تقرر متأخراً عنها .

٣- أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين ، وإلا وجب تطبيق أحكام التضامن ، فيجوز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين فى التأمين العينى الذى قدمه وفى سائر أمواله . ويجب كذلك ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى مطالبة الدائن بالتنفيذ أولاً على المال الذى ترتب عليه التأمين العينى .

٤- أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولاً على المال الذى ترتب عليه التأمين العينى ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها (١) .

٢- تقضى المادة ٧٩١ مدنى بأنه إذا وجد تأمين عينى لضمان ذات الدين ، فيجب استيفاء الدين منه أولاً . ولا يكون هناك محل عند طلب الكفيل التجريد أن يدل على المال محل التأمين العينى . كما أن الحكم الوارد بهذا النص عام يشمل كل تأمين عينى منقولاً كان أم عقاراً ، سواء كان هذا التأمين قد خصص لوفاء الدين المنقول وحده أو مع ديون أخرى (٢) .

٣- نص المادة ٧٩١ مدنى مستحدث فى قانوننا فليس له مقابل فى القانون المدنى القديم ، وقالت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أنه مقتبس من التقنين السويسرى ، وأن التقنين الألمانى قد جاء بحكم مشابه .

والقاعدة الواردة بهذا النص تعتبر صورة خاصة من الدفع بالتجريد تتميز على الخصوص بأنه لا يشترط فى المال الذى يجب أن ينفذ عليه الدائن قبل أن ينفذ على أموال الكفيل أن يكون كافيًا للوفاء بالدين كله .

ويشترط لتطبيق هذا النص :

١- أن يكون هناك تأمين عينى تقرر لضمان الدين المكفول ، سواء على عقار أو منقول ، خصص لضمان الدين المكفول وحده أو لضمان ديون أخرى معه ، وسواء كانت قيمة المال الذى يرد عليه التأمين تكفى أو لا تكفى للوفاء بالدين كله . وبالرغم من أن النص يقول : « خصص قانونًا أو اتفاقًا » مما يفيد أن المقصود هو حقوق الامتياز والرهن بنوعيه دون حق الاختصاص حيث لا ينشأ بحكم القانون ولا بالاتفاق

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص١٢٩ وما بعدها .

(٢) التقنين المدنى - للدكتور محمد على عرفه - المرجع السابق - ص٥٨٠ .

وإنما بحكم القاضي ، إلا أن المسلم مع هذا أن النص يشمل أيضًا حق الاختصاص ، إذ يسرى على هذا الحق ما يسرى على الرهن الرسمي . ويترتب على هذا الشرط أنه لا يكفى لإعمال النص أن يكون لدى الدائن مالاً يباشر عليه الحق في الحبس .

٢- ويشترط أن يكون التأمين العيني قد تقرر قبل الكفالة أو معها ، ذلك أن الحكمة من الزام الدائن التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل أن ينفذ على أموال الكفيل هي أن الكفيل قد اعتمد على وجود هذا التأمين عند الكفالة .

٣- ويشترط وفقًا للرأى السائد وبالرغم من ظاهره ، أن يكون التأمين العيني واردًا على مال مملوك للمدين. وإذا كان النص يقول: « إذا كان تأمين عيني خصص قانونًا أو اتفاقًا ، فإن الشراح يستندون في تطلب هذا الشرط إلى ما يلي : (أولاً) أن الحكم الوارد بهذا النص ليس إلا صورة خاصة من الدفع بالتجريد ، بدليل أن النص ورد عقب النصوص الخاصة بالتجريد يكون من أموال المدين (ثانيًا) أن النصوص التي استمد منها المشرع المصري حكم المادة ٧٩١ مدني تشترط أن يكون التأمين على مال للمدين ، ولو أراد المشرع مخالفتها لأشار إلى ذلك في المذكرة الايضاحية كما أشار إلى النواحي التي خرج فيها عن القوانين التي اقتبس منها (ثالثًا) أن المبادئ العامة تقضى بأن الكفيل الشخصي لا يجوز له تجريد الكفيل العيني ، فكلاهما مسئول عن وفاء دين غيره وإذا وفى أحدهما كان له أن يرجع على الآخر بقدر نصيبه من الكفالة ، فلا يجوز القول بتجريد الكفيل العيني ثم يعود هذا الأخير ويرجع على الكفيل الشخصي .

٤- ويشترط كذلك ، كما في الدفع بالتجريد بوجه عام ، أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين .

٥- يلزم ، كما في التجريد بوجه عام ، أن يتمسك الكفيل بالدفع ولو أن المشرع لم يصرح بذلك كما فعل في المادة ٢/٧٨٨ مدني ، فالتجريد في جميع الأحوال مقرر لمصلحة الكفيل فيجب أن يتمسك به

. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، كما يجوز للكفيل أن ينزل عن حقه فى التمسك به (١) .

مادة ٧٩٢ – إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة .

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٨٠١ ليبى و٧٥٨ سورى و١٠٢٤ عراقى و١٠٧٥ لبنانى و٦٧٤ سودانى و١٥٠٠ تونسى و ٧٥٩كويتى .

الأعمال التحضيرية :

يتناول المشروع فى هذه النصوص (م١١٤٨ – ١١٤٩) حق التقسيم . وقد استبدل المادة ١١٤٨ بالمادة ٦١٦/٥٠٤ من التقنين الحالى التى تعرض لمسألتين مختلفتين ، فهى تبين أولاً مدى حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء إذا تعددوا ، أو ما يسمى بالتقسيم بين الكفلاء ، ومن ناحية أخرى تعرض للتضامن بين الكفلاء وقد رأى المشروع من المناسب أن يبحث هنا مسألة التقسيم على أن يترك التضامن بين الكفلاء للنصوص الخاصة بالكفالة التضامنية على العموم . وفيما عدا هذا فالحكم الوارد بالمادة ١١٤٨ هو بعينه المقرر فى التقنين الحالى (٢) .

---

(١) عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ٩٢ص.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص٥١٤ و٥١٥ و٥١٦ و٥١٧ .

رأى الفقه :

١- قد يتعدد الكفلاء للدين الواحد ويخلص من نص المادة ٧٩٢ مدنى أنه لتحديد المقدار الذى يطالب به الدائن كل كفيل عند الرجوع عليه ، يجب التمييز بين فرضين :

الأول : تعدد الكفلاء بعقد واحد – إذا تعدد الكفلاء ، وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد . فالمشروع المصرى يتخذ من وحدة العقد دليلاً بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون . فإذا كان الكفلاء ثلاثة مثلاً . وكان الدين تسعمائة جنيه مثلاً ، وكفله الثلاثة بعقد واحد ، ولم يبينوا فى عقد الكفالة مقدار ما يكفل كل منهم من الدين ، انقسم الدين عليهم بعدد الرؤوس ويكفل كل منهم ثلثمائة جنيه . وعلى ذلك إذا طالب الدائن أى كفيل منهم ، لم يطالبه إلا بمقدار ثلثمائة جنيه فقط . وإذا طالبه بأكثر من ذلك ، استطاع هذا أن يدفع الطلب بتقسيم الدين . بل للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بتقسيم الدين طلب ، ولا تحكم على أى كفيل بأكثر من ثلثمائة جنيه والدين ينقسم على الكفلاء من وقت ابرام عقد الكفالة ، لا من وقت حكم المحكمة ، ولا من الدفع بتقسيم الدين . وعلى ذلك إذا أعسر أحد الكفلاء بعد ابرام عقد الكفالة ، ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه ، فليس للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على سائر الكفلاء ، بل يتحمل وحده نتيجة هذا الاعسار .

ولكن يشترط لتقسيم الدين على الكفلاء ، أربعة شروط :

(١) أن يتعدد الكفلاء . (٢) أن يكفل الكفلاء المتعددون ديناً واحد – فإذا كفل كفيلان كل منهما ديناً غير الذى كفله الآخر ، لم ينقسم أى الدينين عليهما ، بل يبقى كل منهما مسئولاً عن كل الدين الذى كفله . وعلى ذلك لا ينقسم الدين على الكفيل وكفيل الكفيل ، ذلك لأن الكفيل قد كفل الدين الأصلى وكفل الكفيل دين الكفيل والدين الأصلى دين أخر غير دين الكفيل . (٣) أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس الدين أو نفس الدينين – فإذا كفل كفيلان كل منهما مديناً متضامناً بنفس الدين ، فقد كفلا ديناً واحداً ولكنهما لم يكفلا نفس الدين ، إذ كفل كل

منهما مديناً غير المدين الذى كفله الآخر . وعلى ذلك لا ينقسم الدين بينهما ، بل يبقى كل منهما مسئولاً عن الدين بكامله . ولكن إذا كفل كل من الكفيلين المدينين المتضامنين معاً ، فقد كفلا ديناً واحداً ، وكفلا نفس المدينين ، وعلى ذلك ينقسم الدين عليهما .

(٤) الا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم – ذلك لأن المدينين المتضامنين فيما بينهم يمكن الرجوع على أى منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن ، فلا ينقسم الدين عليهم . فإذا كان هناك كفيلان يكفلان ديناً واحداً فى عقد واحد وكان هذان الكفيلان متضامنين ، كان كل منهما مسئولاً عن كل الدين . أما إذا كان الكفيلان غير متضامنين ، انقسم الدين عليهما ، وصار كل منهما مسئولاً عن نصف الدين إذا لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى . وإذا كان احد الكفيلين متضامناً مع المدين ، ولكنه غير متضامن مع المدين الآخر ، لم يكن الكفيلان متضامنين فيما بينهما . ولكن الكفيل المتضامن مع المدين يكون مسئولاً عن الدين كله كالمدين الأصلى الذى تضامن معه ، فلا يكون له حق التقسيم . وكذلك لا يكون له حق التجريد ، وإنما يثبت حق التقسيم وحق التجريد للكفيل الآخر الذى لم يتضامن مع المدين .

الثانى : تعدد الكفلاء بعقود متوالية – وإذا تعدد الكفلاء ، ولكن بعقود متوالية لا بعقد واحد ، ولو كانوا جميعاً يكفلان ديناً واحداً ومديناً واحداً ، فالمفروض أن تعدد العقود التى كفلوا الدين بموجبها لا يجعلهم يعتمدون بعضهم على بعض ، ولما كان كل منهم قد كفل كل الدين بعقد على حدة ، فقد أصبح كل منهم مسئولاً عن كل الدين ، ولكنهم لا يكونون مسئولين بالتضامن بل بالتضامم .

وعلى ذلك إذا طالب الدائن أحد هؤلاء الكفلاء ، فإنه يطالبه بالدين كله ، لا بجزء منه كما كان يفعل فى الفرض السابق إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد فانقسم الدين عليهم . فإذا استوفى الدائن الدين كله من أحد الكفلاء برئت ذمة الكفلاء الباقين نحوه ، ولكن الكفيل الذى دفع كل الدين يرجع بدعوى الحلول على سائر الكفلاء كل بقدر نصيبه فى

الدين . أما إذا لم يستوف الدائن إلا جزءاً من الدين ، فإنه يستطيع أن يستوفى بقية الدين من أى كفيل آخر لأن هذا الكفيل مسئول عن كل الدين . فيكون بالبداهة مسئولاً عن بقيته إذا كان الدائن قد استوفى جزءاً منه ثم يرجع الكفيلان اللذان دفعا كل الدين بدعوى الحلول على سائر الكفلاء ، فينقسم الدين عليهم فى النهاية وذلك فى العلاقة فيما بينهم لا فى علاقتهم مع الدائن .

على أنه يجوز أن ينقسم الدين حتى فى علاقة الكفيل بالدائن ، إذا كان هذا الكفيل ، وقت أن كفل الدين بعقد على حدة احتفظ لنفسه بحق التقسيم فمسئولية بعقد على حدة عن كل الدين إنما يقوم على قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ، واحتفاظ الدائن بحق التقسيم هو الدليل العكسى المطلوب . وفى هذه الحالة لا يجوز للدائن ، عند مطالبة هذا الكفيل ، إلا أن يطالبه بجزء من الدين طبقًا لما احتفظ به فى عقد الكفالة . أما سائر الكفلاء الذين لم يحتفظوا بحق التقسيم ، فتبقى قرينة مسئوليتهم عن كل الدين قائماً بالنسبة إليهم ، وإذا طالب الدائن جاز له أن يطالبه بكل الدين ، فإذا دفع الكفيل كل الدين للدائن ، جاز له الرجوع على سائر الكفلاء ، ويدخل فيهم الكفيل الذى احتفظ لنفسه بحق التقسيم ، كل بقدر حصته فى الدين ، وذلك بدعوى الحلول . ويجوز أن يحتفظ كل كفيل كفل الدين بعقد على حدة لنفسه بحق التقسيم ، وعند ذلك ينقسم الدين على جميع الكفلاء ، كما فى الفرض السابق ، ويحل احتفاظ كل منهم بحق التقسيم محل كفالتهم للدين بعقد واحد . وفى هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يطالب أى كفيل إلا بجزء من الدين ، طبقاً لما احتفظ به الكفيل من حق التقسيم نفسه (١) .

٢- يتناول المشرع فى نص المادة ٧٩٢ مدنى حق التقسيم ، والحكم الوارد بها هو بعينه المقرر فى التقنين القديم . وإن كان المشرع قد اقتصر على أن يبحث فى هذا النص مسألة التقسيم وحدها . ولم يتعرض فيه للتضامن بين الكفلاء ، كما فعل التقنين القديم . وذلك لأن هاتين المسألتين مختلفتين ، فرأى المشرع من المناسب أن يترك

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص٩٢ وما بعدها .

التضامن بين الكفلاء للنصوص الخاصة بالكفالة التضامنية على العموم (١) .

٣- حتى ينقسم الدين - فى تطبيق نص المادة ٧٩٢ مدنى - يجب ان تتوافر الشروط التالية :

١- أن يتعدد الكفلاء .

٢- أن يكون الكفلاء قد كفلوا ديناً واحداً .

٣- أن يكون الكفلاء قد كفلوا مديناً واحداً (لم يصرح به المشرع) .

٤- الا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم .

٥- أن يكون الكفلاء قد التزموا بعقد واحد .

فإذا توافرت الشروط السابقة انقسم الدين بين الكفلاء بحكم القانون بمعنى أن كل كفيل لا يلتزم ابتداء إلا بضمان حصته من الدين فقط . وإذا لم يتفق فى عقد الكفالة على تقسيم الدين بين الكفلاء على وجه خاص فتكون حصصهم متساوية أى يقسم الدين على عددهم .

ويترتب على انقسام الدين بقوة القانون أنه لا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقيمة حصته فقط . فإذا طالب كفيلاً بكل الدين ، فبالاضافة إلى حق الكفيل فى دفع هذه المطالبة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، فللمحكمة الا تحكم على الكفيل إلا بحصته فقط ولو لم يتمسك بالتقسيم . ولما كان انقسام الدين بقوة القانون يعنى أن كل كفيل لا يلتزم ابتداء أى منذ انعقاد الكفالة إلا بحصته فقط ، فالدائن هو الذى يتحمل نتيجة اعسار أحدهم ، فليس له أن يوزع حصة من يعسر على الآخرين (٢) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء المتضامنين غير مقيد بأى

---

(١) التقنين المدنى - للدكتور محمد على عرفه - المرجع السابق - ص٨١ .

(٢) عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص٥٩ وما بعدها .

قيد ، فإذا كان الحكم قد انتهى إلى أن الشريك المتضامن قد أخطأ فى الكفالة التى عقدها مع الغير باخفائه حقيقة صفته فى النيابة عن الشركة ورتب على ذلك أن هذا الغير أصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الشركة التى ادعى الشريك أنه يمثلها - مع المدين فى الوفاء بالدين - فإنه لا يؤثر فى تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامنين الآخرين ولا يقبل من الشريك المذكور أن يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضمان آخرين مسئولين . لأن مسئوليته مردها الخطأ التدليسى (١) .

٢- إن مقتضى التضامم نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً ، أنه يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين ، ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع عن مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ، لأنه إنما دفع عن نفسه (٢) .

مادة ٧٩٣ - لا يجوز للكفيل المتضامن أن يطلب التجريد .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٨٠٢ ليبى و٧٥٩ سورى و١٠٣١ عراقى و١٠٦٩ لبنانى و٦٧٥ سودانى .

الأعمال التحضيرية :

ليس على هذه المادة تعليق - بالأعمال التحضيرية - يستحق التنويه به .

رأى الفقه :

١- رأينا أن للكفيل العادى أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦١/١/٢٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٨ - مدنى - ص٦٢٥ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦١/١١/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص١٧١٧ .

المدين أولاً ، وله أن يتمسك أيضاً بتنفيذ الدائن على أموال المدين أولاً وهذا هو الدفع بالتجريد . أما الكفيل المتضامن ، فليس له أن يتمسك بأي من الحقين .

فإذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن قبل أن يرجع على المدين ، فليس للكفيل المتضامن أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب أن يرجع هذا الأخير أولاً على المدين .. وهذا الحكم هو من أهم أحكام الكفيل المتضامن . ومن أجل هذا جعل الكفيل متضامناً مع المدين .. فالكفيل المتضامن مسئول عن كل الدين كالكفيل العادي ، ولكنه يختلف عن الكفيل العادي في أن الدائن يستطيع أن يرجع عليه بكل الدين قبل أن يرجع على المدين .. فالدائن إذن مخير إن شاء رجع على المدين وإن شاء رجع على الكفيل المتضامن ، وإذا رجع على أحدهما ، فإن ذلك لا يمنعه من الرجوع على الآخر وترك الرجوع على الأول .. بل للدائن أن يرجع عليهما معاً في وقت واحد ، سواء كان الرجوع ابتداء أو كان بعد الرجوع على أحدهما .. أما الكفيل العادي فلا يجوز للدائن أن يرجع عليه قبل المدين .. وإذا فعل الدائن ذلك ، كان للكفيل العادي أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولاً على المدين ..

كذلك يجوز للدائن أن ينفذ بالدين على أموال الكفيل المتضامن مع المدين أولاً ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتمسك قبل الدائن بحق التجريد ، وهذه ميزة أخرى هامة للتضامن الكفيل مع المدين .. أما الكفيل العادي ، فلا يجوز للدائن أن ينفذ الدين على أمواله أولاً ، وله أن يتمسك بحق التجريد(١) ..

٣- يشترط – تطبيقاً لنص المادة ٢/٧٩٢ مدني – أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين ، ذلك أنه كما يحرم الكفيل المتضامن من الدفع بوجوب مطالبة المدين أولاً يحرم كذلك من الدفع بالتجريد .. ولكن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق في عقد الكفالة على احتفاظ الكفيل ، رغم تضامنه مع المدين ، بحقه في تجريده ..

---

(١) الوسيط – ١٠ – للدكتور السنهوري – ص ١٤٦ و ١٤٧ و ١٤٨ ..

والتضامن الذى يحرم الكفيل من الدفع بالتجريد هو - كما يظهر من النص - التضامن مع المدين ، فإذا كان الكفيل متضامناً مع غيره من الكفلاء فلا تمتنع عليه الدفع بالتجريد مادام غير متضامن مع المدين .

ولا يؤثر تضامن الكفيل مع المدين فى حق كفل الكفيل فى الدفع بتجريد الكفيل إذا لم يكن متضامناً معه . ولكن تضامن الكفيل مع المدين يمنع كفيل الكفيل ، فيما يرى الدكتور منصور مصطفى منصور ، ولو لم يكن متضامناً مع المدين ، من الدفع بتجريد المدين مادام الكفيل نفسه لا يستطيع أن يدفع بتجريد المدين ، وإلا لترتب على وجود كفيل الكفيل الانتقاص من حقوق الدائن (١) .

مادة ٧٩٤ - يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٨٠٣ ليبى و٧٦٠ سورى و١٠٦٩ لبنانى و٦٧٦ سودانى و٨٤٧ عراقى و٧٦٧ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

المادة ١١٥١ تبحث فى مركز الكفيل المتضامن مع المدين . وقد كان هذا المركز دائماً محل خلاف شديد . هل يعتبر الكفيل المتضامن فى حكم المدين المتضامن فلا يجوز له التمسك بغير دفوعه الشخصية والدفوع المتعلقة بالدين دون الدفوع الخاصة بالمدين ، أم أن له أن يتمسك بها الكفيل العادى مع حرمانه من حقى التقسيم والتجريد ؟ والتشريع المصرى (م٥٠٩/٦٢٢) ، ويجاريه المشروع فى ذلك . يؤيد الرأى القائل بأن الكفيل ، متضامناً أم عادياً ، له أن يدفع بكل دفوع الدين ، ما عدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به . ويتفق هذا الرأى فى الواقع مع اتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل بكل الدفوع التى للمدين حتى الشخصية منها .

---

(١) عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى - ص٨٣ و٨٤ .

كذلك يجارى القضاء المصرى هذا الرأى أيضًا (أنظر على الأخص نقض ٦ يونيه سنة ١٩٤٠ المحاماه ٢١ ص٣٢٢ رقم ١٥٤ - استئناف أهلى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماه ٢٠ ص١١٦٢ رقم ٤٩١ - استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ ب٧ ص١٣٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ ب١٣ ص٢٣ - ٢٠ ابريل سنة ١٩١١ ب٢٣ ص٢٧٣ - راجع مع ذلك بنى سويف ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماه ٩ ص١١٠٠ رقم ٦٠٠) (١) .

رأى الفقه :

١- أوجه الدفع التى يحتج بها المدين المتضامن منصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ مدنى .

أما أوجه الدفع التى يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين ، فتنص المادة ٧٩٤ مدنى على أنه : « يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين » . فالكفيل المتضامن فى التقنين المدنى الجديد ، ليس فى مركز المدين المتضامن ، بل يبقى كفيلاً التزامه تابع للالتزام الأصلى . ويتفق هذا الحكم ، كما تقول المذكرة الايضاحية ، « مع اتجاه التقنينات الحديثة نحو توسيع حق الكفيل فى التمسك بكل الدفوع التى للمدين ، حتى الشخصية منها » . ولما كان للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين ، ولما كان الكفيل غير المتضامن طبقًا للمادة ١/٨٧٢ مدنى : « له أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين » . فإن للكفيل المتضامن مع المدين أن يحتج بأوجه الدفع إلى مدى أبعد مما يحتج به المدين المتضامن فللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك ببطلان التزام المدين ، لعيب فى الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لأى سبب آخر من أسباب بطلان الالتزام . أما المدين المتضامن فإنه لا يستطيع أن يحتج ببطلان التزام مدين متضامن آخر إذا كان سبب البطلان خاصاً

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ - ص٥٢٥ و٥٢٦ .

بهذا المدين الآخر ، كان انعدام رضاء هذا المدين الآخر دون أن ينعدم رضاء المدين الأول . وللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بابطال عقد المدين الأصلى لأن التزامه يكون تبعًا لذلك قابلاً للابطال . أما المدين المتضامن فلا يستطيع أن يحتج لقابلية التزام مدين متضامن آخر للبطلان إذا كان سبب ذلك راجعًا إلى المدين الآخر ، كأن كان رضاؤه معيبًا أو كان هذا المدين الآخر ، ناقص الأهلية . ويستطيع الكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بنقص أهلية المدين الأصلى ، إلا إذا كان قد كفل هذا المدين بسبب نقص أهليته . وإذا انقضى التزام المدين الأصلى بسبب غير الوفاء ، كالتجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو الابراء أو التقادم ،جاز للكفيل المتضامن مع المدين ، والتزامه تابع لالتزام المدين المتضامن فإنه لا يستطيع أن يتمسك بانقضاء التزامه إلا بقدر حصة المدين المتضامن الذى قام به سبب الانقضاء . وهناك دفوع ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلاً ، ويستطيع أن يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين دون أن يستطيع المدين المتضامن ذلك فيستطيع الكفيل المتضامن أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات ويتأخر الدائن فى اتخاذ الاجراءات ضد المدين الأصلى ويعدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين الأصلى ، ولا يستطيع المدين المتضامن الاحتجاج بشئ من ذلك (١) .

٢- تجيز المادة ٧٩٤ مدنى حق التجريد للكفيل المتضامن ، أسوة بما هو مقرر فى التقنين القديم (م٥٠٩/٦٢٢) ، أن يدفع بكل الدفوع التى للمدين ، حتى الشخصية منها (كالدفع بالبطلان لعيب فى الرضاء) ، ماعدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به (م٧٧٧) . ويجارى القضاء المصرى هذا الرأى أيضًا . وفى هذا يختلف مركز الكفيل عن مركز المدين المتضامن الذى لا يجوز له التمسك بغير دفوعه الشخصية والدفوع المتعلقة بالدين (٢) .

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص١٤٨ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى - للدكتور محمد على عرفه - المرجع السابق - ص٥٨٢ .

٣- تقضى المادة ٧٩٤ مدنى بأنه : « يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين » .

والكفيل يتمسك بهذه الأوجه باسمه هو لا باسم المدين ، لأن محل التزامه هو ضمان تعهد التزام المدين ، فكل ما يؤثر فى هذا الالتزام يؤثر مباشرة فى التزام الكفيل - ويترتب على ذلك ما يلى :

أولاً : أن يكون للكفيل الحق فى التدخل ، فى أى وقت ، فى الدعوى القائمة بين الدائن والمدين ليتمسك بوجه من هذه الأوجه قد لا يتمسك به المدين نفسه ، بل للكفيل أن يتمسك بهذه الأوجه بدعوى مبتدأة يرفعها على الدائن .

ثانيًا : للكفيل أن يتمسك بوجه من هذه الأوجه ولو نزل عنه المدين ، فيجوز له مثلاً أن يتمسك بتقادم الدين المكفول، ولو نزل المدين صراحة عن حقه فى التمسك بالتقادم إلا إذا نزل المدين عن حقه فى طلب ابطال العقد القابل للابطال بأن أجاز العقد، فيمتنع عن الكفيل أن يطلب الابطال إلا إذا ثبت أن الدائن كان متواطئًا مع المدين للاضرار بالكفيل (١).

٤- لم تتعرض نصوص القانون للتفرقة بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن فى علاقة كل منهما بالدائن . يتضح أن الفقه والقضاء قد استقر على التزام الكفيل ولو متضامنًا يعتبر التزامًا تابعًا لالتزام المدين الأصلى بعكس المدين المتضامن الذى يعتبر ملتزمًا أصلاً بالدين - وقد أقرت محكمة النقض المصرية بجلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ بأنه لا يجوز أن يسوى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن ، لأن الكفيل مع المدين لا يصيره مدينًا أصليًا ، بل يبقى التزامه تبعيًا . وإن كان لا يجوز له التمسك بالزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء أو التنفيذ على أمواله أولاً (المحاماه - السنة ٣٤ - رقم ١٩٨ - ص٤٥٨) .

---

(١) عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص٦٣ و٦٤.

وعلى ذلك ، فإن كان الكفيل المتضامن يفقد بعض الحقوق المخولة للكفيل العادى كحق الدفع بالتجريد وحق التقسيم إلا أنه يتمتع بسائر الحقوق الأخرى المتعلقة بالدين والتى يتمتع بها الكفيل العادى (م٧٩٤ مدنى) وعلى عكس ذلك المدين المتضامن الذى لا يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصه بغيره من المدينين (١) .

مادة ٧٩٥ – فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائمًا متضامنين .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٨٠٤ ليبى و٧٦١ سورى و١٠٣٠ عراقى و١٠٦٩ لبنانى و٦٧٧ سودانى و ٧٦٦ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

لم يعرض التقنين الحالى للكفالة التضامنية فى نصوص منفصلة قائمة بذاتها ، بل أورد أحكامها متفرقة فى المواد ٤٩٨ / ٦٠٨ و٤٩٩ / ٦٠٩ و٥٠٢ / ٦١٢ و٥٠٤ / ٦١٥ – ٦١٦و٥٠٦ / ٦١٨ . وقد تفادى المشروع ذلك .

فالمادة ١١٥٠ تبين حالات الكفالة التضامنية . والأحكام الواردة بها متفقة مع التقنين الحالى ، فالفقرة الأولى التى تقرر وجوب اشتراط التضامن بين الكفيل والمدين صراحة تطابق الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩٨/ ٦٠٨ . والفقرة الثانية تقرر وجوب اشتراط التضامن ما بين الكفلاء الملتزمين بعقد واحد ، وهو الحكم الوارد بالمادة ٥٠٤ فقرة أولى/ ٦١٥ . أما الفقرة الثالثة ، وهى التى تنص على التضامن فى الكفالة القضائية فحكمها وارد بالمادة ٤٩٩ / ٦٠٩ ، غير أن المشروع

---

(١) الكفالة التضامنية – مقال للدكتور ابو اليزيد المتيت المحاماه المرجع السابق ص١١٧٢ وما بعدها .

جعل النص عامًا شاملاً فأضاف إلى الكفالة القضائية الكفالة القانونية (١) .

رأى الفقه :

١- يفهم من نص المادة ٧٩٥ مدنى أنه متى قدم المدين للدائن كفيلاً يكفل الدين ، بموجب حكم قضائى أو بموجب نص فى القانون ، كان هذا الكفيل متضامنًا مع المدين .

وعلى ذلك يكون مصدر التضامن ما بين الكفيل والمدين هو نفس مصدر التضامن ما بين المدينين الأصليين ، فيكرن المصدر اذن هو الاتفاق أو القانون .

المصدر الأول – الاتفاق : واكثر ما يكون تضامن الكفيل مع المدين مصدره الاتفاق ، فيشترط الدائن تضامنهما معًا ، وهذا الذى يقع فى العمل غالبًا ، فالتضامن بين الكفيل والمدين وإن كان من الناحية النظرية ليس هو الأصل إذ لابد من اشتراطه . إلا أنه من الناحية العملية هو الذى يقع فى العادة ، فيشترط الدائن عادة تضامن الكفيل مع المدين . ويصح أن يكون اشتراط الدائن للتضامن فى العقد ذاته الذى أنشأ الدين وهذا هو الغالب ، كما يصح أن يكون فى عقد مستقل يأتى تاليًا لعقد الدين ، كما إذا كانت الكفالة فى عقد مستقل يأتى تاليًا لعقد الدين فيشترط الدائن فيه التضامن . فإذا لم يشترط التضامن فسر العقد لمصلحة الكفيل فيكون غير متضامن مع المدين ، وشرط التضامن قد يكون ضمنيًا ولكنه لا يفترض ، ويثبت شرط التضامن وفقًا للقواعد العامة فى الإثبات ، وعند الشك فى قيامه يعتبر أن التضامن غير موجود .

المصدر الثانى – القانون : كما فى الكفالة القضائية والكفالة القانونية (م٧٩٥ مدنى) كما فى التضامن فى الأوراق التجارية (م١٣٧ و١٣٩ تجارى و١٣/١ بحرى) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٥ – ص٥٢٨ .

وقد يتعدد الكفلاء ، ويكونون متضامنين فيما بينهم ، وغير متضامنين مع المدين ، ومصدر هذا التضامن هو الاتفاق أو القانون .

ويجوز أن يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين فى وقت واحد وهذا هو الغالب ، أو غير متضامنين معه أو بعضهم فقط .

ويجوز أن يتعدد الكفلاء والمدينون فى دين واحد ، ويكون المدينون متضامنين ، فإن كان الكفلاء أيضًا متضامنين فيما بينهم ، ولكنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين ، لم يكن لهؤلاء المدينين فيما بينهم حق التقسيم ، ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين . أما إذا كان الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم وكفلوا بعقد واحد ، كان لهم حق التقسيم ، وكان لهم أيضاً حق التجريد . فإذا كفلوا بعقود متوالية لم يكن لهم حق التقسيم إلا إذا احتفظ أى منهم بهذا الحق فيكون له ، ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين . فإذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين أيضًا مع المدينين المتضامنين لم يكن لهم لا حق التقسيم ولا حق التجريد .

ويطبق على الكفلاء المتضامنين فيما بينهم وكذلك على الكفيل المتضامن مع المدين ، بوجه عام ، أحكام التضامن .

ففيما يتعلق بالكفلاء المتضامنين فيما بينهم ، فهؤلاء يكونون فى العلاقة بينهم وبين الدائن ، مدينين متضامنين ليس لهم حق التقسيم . ولهم حق التجريد إذا كانوا غير متضامنين مع المدين ، وليس لهم هذا الحق إذا كانوا متضامنين معه . فيجوز للدائن أن يطالب أيا من الكفلاء المتضامنين فيما بينهم بكل الدين ، ويرجع ذلك إلى فكرة وحدة المحل . ويجوز لكل كفيل أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين الكفلاء جميعًا ، ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بكفيل آخر . أما إذا انقضى التزام أحد الكفلاء بسبب غير الوفاء ، كتجديد أو مقاصة أو اتحاد ذمة أو ابراء أو تقادم ، فإن أثر

انقضاء الالتزام يقتصر عليه ، ولا يحتج أى كفيل آخر بهذا السبب إلا بقدر حصة الكفيل الذى قام به سبب الانقضاء ، ويرجع ذلك إلى فكرة تعدد الروابط. وهناك نيابة تبادلية بين الكفلاء المتضامنين فيما بينهم ، فيعتبر كل كفيل ممثلاً للكفلاء الآخرين ونائبًا عنهم فيما ينفعهم وفيما يضرهم . وإذا وفىّ أحد الكفلاء المتضامنين فيما بينهم كل الدين ، لم يجز له أن يرجع على أى من الكفلاء الباقين إلا بقدر حصته ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن .

وفيما يتعلق بالكفيل المتضامن مع المدين ، يكون الاثنان بالنسبة إلى الدائن مدينين متضامنين بوجه عام ، فيجوز للدائن أن يطالب بكل الدين أيا من المدين أو الكفيل . على أن الكفيل المتضامن يختلف عن الكفيل العادى (أى غير المتضامن مع المدين) فى أنه خاص ليس له أن يتمسك بحق التجريد ، ثم يختلف عن المدين المتضامن فى الدفوع التى يستطيع أن يحتج بها . فنقارن الكفيل المتضامن بالكفيل العادى من جهة ، ثم نقارنه بالمدين المتضامن من جهة أخرى (١) .

٢- المادة ٧٩٥ مدنى حكمها وارد بالمادة ٤٩٩/٦١٥ من التقنين القديم . غير أن المشرع جعل النص عامًا ، وأضاف إلى الكفالة القضائية الكفالة القانونية ، وجعل التضامن حتميًا فى كل منهما (٢) .

٣- نص القانون صراحة على عدم جواز دفع الكفيل المتضامن بتجريد المدين وهذا هو فيصل التفرقة بين الكفيل العادى والكفيل المتضامن . فالكفيل العادى طبقًا للمادة ٧٧٢ مدنى يلتزم بالوفاء إذا لم يف به المدين نفسه . معنى ذلك أن الدائن يرجع أولاً على المدين وليس على الكفيل الذى يعتبر التزامه تابعًا لالتزام المدين ولا يرجع عليه إلا إذا عجز هذا الأخير عن الوفاء ، وإلا دفع الكفيل العادى بالتجريد . وعلى العكس من ذلك الكفيل المتضامن لأنه قد تعهد بالوفاء إذا ما رجع عليه الدائن ، وهذا لأن التضامن لا يفترض بل يجب الاتفاق عليه ،

---

(١) الوسيط – ١٠ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق – ص١٣٩ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٥٨٢ .

(أما الكفالة القانونية أو القضائية فهى دائماً تضامنية بصريح المادة ٧٩٥ مدنى) ، وعند الشك يجب القول بعدم التضامن . إذن العلة فى عدم اعطاء الكفيل المتضامن حق الدفع بالتجريد ترجع إلى التزامه بالتضامن مع المدين فى الوفاء . وعلى الدائن الرجوع على احدهما للوفاء بالالتزام .

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بأن الكفيل المتضامن يلتزم طبقاً لقواعد التضامن ، وللدائن إما أن يرجع بالدين على المدين الأصلى أو على الكفيل المتضامن .

ولا يشترط لكى يكون الكفيل متضامناً استعمال ألفاظ معينة ، بل يشترط أن تكون صيغة العقد دالة دلالة صريحة على وجود التضامن ، وهذا يتفق أيضًا مع ما جاء بنص المادة ٢٧٩ مدنى فى أن التضامن لا يفترض ، بل يكون بناء على اتفاق أو نص القانون ، وإلا فالكفالة تعتبر عادية .

والاتفاق بين المتعاقدين على التضامن لا يشترط أن يكون بصريح العبارة ، بل يرجع هذا إلى نية المتعاقدين وعلى القاضى أن يستنتجها دون أن يتوسع فى تفسيرها .

وحتى نعرف ماهية الاتفاق الذى يجعل الكفيل متضامناً مع المدين فعلينا الرجوع إلى القواعد العامة للعقود ، حيث يتضح لنا أن وسائل التعبير عن الارادة العامة وبأى طريقة يستدل منها على نية المتعاقدين ، فكما قد تكون بصريح العبارة قد تكون ضمنية ، كما إذا تنازل الكفيل مقدمًا عن حق الدفع بالتجريد أو كمن يقدم عقاره كرهن رسمى لدين على المدين ، وعلى قاضى الموضوع أن يبحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين لأنه يرتبط بها كارتباطه بالقانون (م١٤٧/١ مدنى) .

وحيث أن الاتفاق هو جوهر عقد الكفالة المميز بين حالة التضامن وغيرها ، فإنه احتراماً لمبدأ سلطان الارادة يلتزم القاضى بما اتفق عليه الطرفان إذا لم يكن اتفاقهما مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة .

يخلص من ذلك أن الدائن له أن يرجع إما على الكفيل المتضامن

وإما على المدين الأصلى أيهما يشاء ، ولا يستطيع الكفيل المتضامن الدفع بتجريد المدين ، وفى هذا يتحدد مركز الكفيل المتضامن بالمدين المتضامن .

٤- إن التزام الكفيل للدائن بضمان تنفيذ الالتزام الأصلى ينشأ دائمًا عن عقد الكفالة . ولهذا تعتبر الكفالة من حيث مصدر التزام الكفيل دائمًا اتفاقية .

وقد يقدم المدين لدائنيه كفيلاً يضمنه دون أن يكون ملتزماً بذلك من قبل . ولكن قد يكون المدين ملتزماً بتقديم كفيل للدائن إما بنص القانون ، أو بحكم القضاء ، أو بمقتضى عقد بينه وبين الدائن ، وعندئذ يكون التزام المدين قانونياً أو قضائياً أو اتفاقياً . وتوصف الكفالة التى تتم تنفيذاً لهذا الالتزام ، تجاوزاً بأنها قانونية أو قضائية أو اتفاقية تبعاً لمصدر التزام المدين بتقديم كفيل .

والتفرقة بين أنواع الكفالة هذه أهميتها إذ ينص المشرع فى المادة ٧٩٥ مدنى على أنه : « فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين » ، فالتزام الكفيل فى الكفالة القضائية أو القانونية أشد منه فى الكفالة الاتفاقية ، إذ يعتبر متضامناً بحكم القانون أى دون حاجة إلى اشتراط التضامن فى عقد الكفالة ، فى حين أن الكفيل ، فى الكفالة الاتفاقية لا يكون متضامناً إلا إذا اتفق على ذلك فى عقد الكفالة . والحكمة من هذا التشديد هى تحقيق أكبر قدر من الحماية للدائن ، تلك الحماية التى تستوجبها الظروف التى اقتضت فرض التزام على المدين ، بالنص أو بحكم القاضى ، تقديم كفيل . وإذا تعدد الكفلاء ، فى الكفالة القانونية أو القضائية ، فيعتبر كل منهم متضامناً مع المدين ومتضامناً مع غيره من الكفلاء .

وإذا التزم المدين بتقديم كفيل ، سواء بنص القانون أو بحكم القاضى أو بالاتفاق ، فيجب أن ينفذ هذا الالتزام على الوجه الذى يحقق الغرض منه . ولهذا يشترط القانون فى الكفيل الذى يقدمه المدين شروطاً خاصة . ومن ناحية أخرى ، فإذا كان الغرض من الالتزام بتقديم

كفيل هو الوصول إلى ضمان تنفيذ الالتزام ، فيكفى لتحقيق هذا الغرض أن يقدم الملتزم تأميناً كافياً غير الكفالة (١) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- جرى قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم بأن مؤدى نص المادة ١١٠ منه أن مطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه لاتحادهم فى المركز والمصلحة اتحاداً اتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم ، ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر سارياً فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامنين بالدين مطالبة منه للآخرين ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقى الكفلاء المتضامنين وقاطعاً لمدة التقادم بالنسبة لهم (٢) .

٢- متى كان وفاء الكفيل المتضامن وفاء صحيحاً لدين قائم فإنه يحق له أن يرجع على باقى الكفلاء المتضامنين معه كل بقدر حصته فى الدين الذى أوفاه للدائن . ويكون هذا الرجوع إما بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية التى أساسها النيابة التبادلية المفترضة قانوناً بين المتعهدين المتضامنين فى الدين على ما تقرره المادة ١٠٨ من القانون المدنى الملغى . وإذا كانت الدعوى الشخصية تقدم على الوكالة المفترضة بين الكفلاء المتضامنين – فى شأن تقادمها – اعمال قواعد التقادم المقررة فى شأن الوكالة واعتبار مدة التقادم بالنسبة لتلك الدعوى خمسة عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن إذ من هذا

---

(١) عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفى – المرجع السابق – ص١٧ و ١٨ .

(٢) نقض جلسة ١٩٦٦/٢/١٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٧ – مدنى – ص٢٧٩ .

التاريخ فقط ينشأ حقه في الرجوع على المتعهدين المتضامنين معه ويصبح هذا الحكم مستحق الأداء (١) .

مادة ٧٩٦ – إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٨٠٤ ليبي و٧٦٢ سوري و١٠٣٢ وعراقي و١٠٨٢ لبناني و٦٧٨ سوداني و١٥٠٧ تونسي ، ٧٦٨ كويتي .

الأعمال التحضيرية :

المادة ١١٥٢ تطابق المادة ٥٠٦ / ٦١٨ من التقنين الحالي (القديم) . وحكمها هو الحكم الطبيعي المقرر في حالة تعدد المسئولين عن الدين ، كما أن تطبيقه لم يثر صعوبة ما في العمل (٢) .

رأي الفقه :

١- نص المادة ٧٩٦ مدني مقصور على حالة واحدة من حالات تعدد الكفلاء الشخصيين الذين يضمنون دينًا واحدًا ، وهي حالة ما إذا كان هؤلاء الكفلاء متضامنين فيما بينهم .

فإذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعًا قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد ، فالمشروع يتخذ من وحدة العقود دليلاً على أن كل كفيل قد اعتمدعلى الكفلاء الآخرين ، فينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين

---

(١) نقض – جسلة ١٩٦٦/٢/١٠ – المرجع السابق – ص٢٧٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ٥ – ص٥٣٠ .

بقوة القانون ويشترط لذلك :

١- أن يتعدد الكفلاء الشخصيون .

٢- وأن يكون الكفلاء المتعددون نفس الدين .

٣- وأن يكفلوا نفس المدين .

٤- وألا يكونوا متضامنين فيما بينهم .

وعلى ذلك لا يكون كل كفيل ملتزماً إلا بقدر نصيبه فى الكفالة . فإذا وفىّ هذا النصيب للدائن لم يرجع بشئ على الكفلاء الآخرين لأنه لم يفى بأنصبائهم فى الدين بل وفىّ بنصيبه وحده ، وإنما يرجع على المدين الذى كفله بمقدار ما وفىّ عنه من الدين ، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول على ما سبق بيانه . وهو إذا وفىّ بنصيب أحد الكفلاء الآخرين ، وهو غير مسئول عن هذا النصيب ، لم يستطيع الرجوع عليه بدعوى الحلول وإنما يرجع عليه بالدعوى الشخصية المبنية على الاثراء بلا سبب ، فيرجع بأقل القيمتين ، القيمة التى دفعها ومقدار ما أفاد منه هذا الكفيل .

وإذا اعسر أحد الكفلاء ، لم يتحمل أحد من الباقين أى نصيب فى حصة المعسر .

أما تعدد الكفلاء متضامنين فيما بينهم ، فلا فرق فى الحكم بين الحالة التضامن وحالة التضامم ، لا فى مسئولية كل كفيل نحو الدائن عن كل الدين ، ولا فى رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر ، وقد تكفل ببيان الحكم الأول وهو مسئولية كل كفيل عن كل الدين الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدنى ، وتكفل ببيان الحكم الثانى وهو رجوع الكفيل على كل من الكفلاء الآخرين بحصته وبنصيبه فى حصة المعسر المادة ٧٩٦ مدنى .
ولا فرق بين الالتزام التضامنى والالتزام التضاممى إلا فى أنه فى الالتزام التضامنى تجمع بين المدينين المتضامنين وحدة المصلحة المشتركة وهذه المصلحة هى التى تبرر أن كل مدين متضامن يمثل الآخرين فيما بينهم ، لا فيما يضرهم . أما فى الالتزام التضاممى فلا

توجد مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامنين ، فلا يقوم هذا التمثيل بينهم حتى فيما ينفعهم .

وتقول المادة ٧٩٦ مدنى ، فيما بين إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ، إن للكفيل الذى وفىّ الدين كله عند حلوله: « أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر منهم » . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا كان الكفلاء متضامنين لا متضاممين ، فيجوز للدائن أن يرجع بكل الدين على أى كفيل منهم ، ولهذا الكفيل أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر ، والكفلاء ، متضامنين أو كانوا متضاممين ، ليسوا إلا مدينين للدائن متضامنين أو متضاممين .

وأساس رجوع الكفيل الذى وفىّ بكل الدين على الكفلاء الآخرين هو نفس أساس رجوع المدين المتضامن أو المدين المتضامم على المدينين الآخرين ، فيرجع الكفيل الذى وفىّ بكل الدين على كل مدين من المدينين الآخرين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .

فإذا رجع بالدعوى الشخصية ، فإنما يرجع بدعوى الوكالة أو بدعوى الفضالة أو بدعوى الاثراء بلا سبب ، وتسرى هنا قواعد رجوع المدين المتضامن إذا وفىّ بكل الدين على سائر المدينين المتضامنين . وإذا رجع بدعوى الحلول ، فإنه يحل محل الدائن الذى وفاه الدين ، ولكنه يرجع على كل كفيل متضامن معه أو متضامم بقدر حصته فى الدين وبنصيبه فى حصة المعسر .

ويشترط فى رجوع الكفيل على باقى الكفلاء ، سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، أن يكون هذا الكفيل قد وفىّ الدين كله للدائن ، وأن يكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة الكفلاء الآخرين نحو الدائن .

وليس نص المادة ٧٩٦ مدنى إلا تطبيقًا للقواعد العامة من حيث تحديد مقدار ما يرجع الكفيل به على سائر الكفلاء المتضامنين الذين ليسوا إلا مدينين متضامنين تجاه الدائن (يراجع نص المادتين ٢٩٧ و٢٩٨ مدنى) .

فإذا وفىّ أحد الكفلاء المتضامنين أو المتضامين كل الدين للدائن ، رجع على باقى الكفلاء كل بقدر حصته فى الدين ، سواء رجع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول . وتتعين حصص الكفلاء فى الدين بموجب الاتفاق فيما بينهم منذ نشوء الدين فى ذمتهم أو بموجب نص فى القانون . فإذا لم يوجد اتفاق أو نص ، لم يبق إلا جعل الكفلاء جميعاً متساوية و إذ لا مبرر لجعل حصة أكبر من الأخرى .

ويتحمل الكفلاء المتضامنون أو المتضامون حصة المعسر منهم ، فتنقسم هذه الحصة بينهم بنسبة الحصة الأصلية لكل منهم فى الدين ، ويرجع الكفيل الذى وفىّ كل الدين على أى من الكفلاء الموسرين بمقدار حصته وبنصيبه فى حصة المعسر (١) .

٢- تطابق المادة ٧٩٦ مدنى الجديد المادة ٥٠٦/٦١٨ من التقنين المدنى القديم ، وهى تقرر حكماً طبيعيًا عاماً فى حالة تعدد المسئولين عن الدين ، فإن وجد بين الكفلاء المتضامنين من هو معسر وقت رجوع من وفىّ الدين منهم عند حلوله ، فإن الدين يقسم بين المقتدرين ، ويتحمل كل منهم بما يخصه من حصة المعسر ، ولم يثر تطبيق هذا الحكم صعوبة ما فى العمل (٢) .

٣- قد يكفل الدين كفيل واحد متضامن أو أكثر من كفيل متضامن . فإذا رجع الدائن على الكفيل المتضامن ، فلا يحق لهذا الأخير الدفع بالتقسيم . إذن للدائن الحق فى الرجوع على أى من الكفلاء المتضامنين بكل الالتزام ، وليس لأحدهم الحق فى التمسك بالتقسيم . وإذا أوفى أحدهم بالالتزام ، فله حق الرجوع على غيره من الكفلاء كل بقدر حصته فى الالتزام . وهذا واضح من نص المادة ٧٩٦ مدنى ، ويتبين منه أن علاقة الكفلاء المتضامين فيما بينهم هى تماماً كعلاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم (م٢٩٧ و٢٩٨ مدنى) فكل منهم يلتزم بالوفاء إذا ما رجع عليه الدائن ، على أن يعود على باقى الكفلاء

---

(١) التقنين المدنى – للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق ص٥٧٢ و٥٨٣ .
(٢) الوسيط – ١٠ – للدكتور السنهورى – المرجع السابق ص٥٨٢ وما بعدها .

كل منهم بحسب حصته فى الدين إلا إذا كان أحد الكفلاء معسراً فتقسم حصته على باقى الكفلاء .

والواقع أن المادة ٧٩٦ مدنى تخالف مخالفة صريحة نظرية الحلول القانونى لأننا لو أخذنا بنظرية الحلول محل الكفيل المتضامن الذى أوفى بالالتزام محل المدين ويطالب أحد الكفلاء المتضامنين بكل الالتزام وهذا أمر يخالف المنطق والقانون .

والكفيل المتضامن قد يكون كفيلاً شخصياً ، كما قد يكون كفيلاً عينيًا ، فإذا أوفى الكفيل الشخصى بالالتزام ، فليس من حقه الرجوع على الكفيل العينى إلا بقدر ما حمل به هذا الأخير عقاره من تأمينات لأن حصته لا تتعدى ذلك ، معنى ذلك أن الكفيل العينى لا يتعدى التزامه قيمة ما قدمه من تأمينات . وهذا بعكس الكفيل الشخصى الذى يلتزم أصلاً بكل التزام ، فإذا ما رجع هذا الأخير على الكفيل العينى ، فله أن يطالبه بحصته فى الالتزام إذا لم تتعد ما قدمه من تأمينات ، أما إذا كانت الحصة أكثر مما قدمه من تأمينات فهو غير ملتزم إلا فى حدود التأمينات التى قدمها .

يخلص من كل ما تقدم أن الكفالة التضامنية وإن كان تقترب من التضامن السلبى فى بعض المظاهر ، إلا أن هذا لا ينفى طبيعة كونها نوع من أنواع الكفالة . تخضع لقواعد الكفالة العامة مثلها تمامًا مثل الكفالة العادية (١) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- إن الكفيل المتضامن وإن كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادى والتى لا تتفق أساسًا مع فكرة التضامن ، إلا أنه يظل - على أى حال - ملزمًا التزاماً تابعاً يتحدد نطاقه - طبقًا للقواعد العامة - بموضوع الالتزام الأصلى فى الوقت الذى عقدت فيه الكفالة - لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ، وقضى بمساءلة

---

(١) الكفالة التضامنية - مقال - للدكتور المستشار أبو اليزيد المتيت - المرجع السابق ص١٢٧٥ و١٢٧٦ .

الطاعن قبل المطعون ضدها الأولى عن اخلال المقاول بتنفيذ التزاماته باعتبار الطاعن كفيلاً متضامناً مع المقاول فى التزاماته المترتبة على المقاولة فى الوقت الذى عقدت فيه بتاريخ ١٩٥٦/٨/٦ فإنه لا يكون قد خالف القانون (١) .

مادة ٧٩٧ – تجوز كفالة الكفيل ، وفى هذه الحالة لا يجوز الدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إذا إلا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٨٠٦ ليبى و٧٦٣ سورى و١٠٣٩ عراقى و١٠٦٣ لبنانى و٦٧٩ سودانى و١٥٠١ تونسى .

الأعمال التحضيرية :

يعالج هذا النص موقف المصدق، والفقرة الأولى منه مطابقة للمادة ٧٢٧ من المشروع الفرنسى الايطالى ، وهى خاصة بحالة وجود مصدق مع عدة كفلاء يلتزمون بجميع الديون فإن الدائن لا يرجع على المصدق إلا إذا لم يمكنه الرجوع على الكفلاء والمدين الأصلى .

أما الفقرة الثانية ، فقد أضافتها اللجنة ، وقصدت بها حالة ما إذا كان الكفيل الذى كفله المصدق قد التزم بجزء من الدين (٢) .

رأى الفقه :

١- كفيل الكفيل (المصدق) يكفل التزاماً تابعاً هو التزام الكفيل ، لا التزاماً أصليًا هو التزام المدين . والتزام كفيل الكفيل تابع لالتزام الكفيل ، كما أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلى ولا

---

(١) نقض جلسة ١٩٦٦/٤/٥ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ مدنى ص٧٩٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص٥٣٢ و٥٣٣ و٥٣٤ .

تفترض كفالة الكفيل ، فإذا كفل المدين الأصلي كفيلان أحدهما كفيل أول والآخر كفيل ثانٍ ، لم يفترض في الكفيل الثاني أنه كفيل للكفيل الأول ، بل هو كفيل ثانٍ للمدين الأصلي .

ولما كان كفيل الكفيل إنما كفل الكفيل دون المدين الأصلي ، فإن الكفيل يعتبر بالنسبة إليه مديناً أصلياً ، ويعتبر هو بالنسبة إلى الكفيل كفيلاً ، وعلى ذلك تسري في العلاقة ما بين الكفيل وكفيل الكفيل أحكام الكفالة ، فإذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل جاز له أن يطلب من الدائن أن يرجع أولاً على المدين الأصلي ثم على الكفيل ، وذلك قبل أن يرجع الدائن عليه هو . كذلك لكفيل الكفيل أن يدفع بتجريد المدين الأصلي ثم بتجريد الكفيل ، فلا ينفذ الدائن على أموال كفيل الكفيل قبل أن ينفذ أولاً على أموال المدين الأصلي ثم على أموال الكفيل . وليس لكفيل الكفيل أن يطلب تقسيم الدين مع الكفيل لأنهما لا يكفلان ديناً واحداً ، فكفيل الكفيل يكفل التزام الكفيل . أما الكفيل فيكفل التزام المدين الأصلي . ولكن إذا تعدد كفيل الكفيل ، انقسم الدين على كفلاء الكفيل المتعددين لأنهم يكفلون جميعاً التزاماً واحداً على التزام الكفيل. وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق التقسيم .

ولكفيل الكفيل أن يتمسك بالدفوع التي يجوز للكفيل التمسك بها ، ومن هذه الدفوع دفوع خاصة بالكفيل ودفوع خاصة بالمدين الأصلي ، ويجوز له أن يتمسك بالدفوع الخاصة به هو ، كبطلان عقد كفالة الكفيل أو قابليته للابطال وانقضاء التزام كفيل الكفيل بطريق أصلي . وله كذلك أن يتمسك بأن ينفذ الدائن على كفالة عينية قدمها المدين الأصلي ، كما يتمسك بذلك الكفيل المكفول . وله أن يستعمل حقوق الكفيل الذي كفله باسم هذا الكفيل ، كما يستعمل الدائن حقوق المدين في الدعوى غير المباشرة .

أما إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل ، فإنه تسري في علاقته مع الكفيل أحكام الكفيل المتضامن ، فلا يجوز لكفيل الكفيل أن يطالب الدائن بالرجوع أولاً على الكفيل أو على المدين الأصلي ، ولا أن ينفذ الدائن أولاً على أموال الكفيل أو على أموال المدين الأصلي . ولكن

إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين الأصلى فإنه يجوز لكفيل الكفيل أن يستعمل حقوق الكفيل باسم هذا الأخير فيطلب من الدائن الرجوع أولاً على المدين الأصلى وكذلك التنفيذ على أموال المدين الأصلى قبل التنفيذ على أمواله هو .

وإذا وفى كفيل الكفيل الدين ، كان له أن يرجع على الكفيل أو على المدين الأصلى ، أو عليهما معًا مسئولين بالتضامم ، ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول (١) .

٢- يعرض نص المادة ٧٩٧ مدنى لموقف المصدق (كفيل الكفيل) ، فلا يجبر للدائن أن يرجع على المصدق إلا إذا لم يمكنه الرجوع على المدين الأصلى والكفيل ، ويستثنى من ذلك المصدق الذى التزم مع الكفيل على وجه التضامن (٢) .

٢- العلاقة بين الكفيل والمدين :

مادة ٧٩٨ – يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين ، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفىّ الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه .

فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ، بقى للكفيل حقه فى الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٨٠٧ ليبى و٧٦٤ سورى و١٠٣٣ عراقى و١٠٨٦ لبنانى و٦٨٠ سودانى و١٥١١ تونسى و٧٩٦ كويتى

(١) الوسيط ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق ص٦٣٦ وما بعدها
(٢) التقنين المدنى - للدكتور محمد على عرفه المرجع السابق - ص٥٨٣

الأعمال التحضيرية :

قرر التقنين المصرى (م٥٠٧/٦١٩) مدنى (قديم) نقلاً عن التقنين الفرنسى (م٢٠٣١) التزاماً على الكفيل باخبار المدين قبل الوفاء للدائن حتى يعترض عليه إن كان هناك وجه لذلك ، كما أنه يخطره بالمطالبة الحاصلة من الدائن ، فإذا أهمل الكفيل فى ذلك ووفى الدين دون أن يخطر المدين بعزمه على الوفاء أو بالمطالبة الحاصلة له من الدائن ، مع أنه كانت لدى المدين أسباب تقضى ببطلان الدين أو انقضائه ، كان مسئولاً عن ذلك . وقد أخذ المشروع بهذا الحكم فى الفقرة الأولى من هذه المادة ، وهى تكاد تكون مجرد تكرار للمادة ٥٠٧/٦١٩ من التقنين الحالى ، مع شئ من الايضاح والتبسيط فى العبارة .

أما الفقرة الثانية ، فقد أضافها المشروع . وهى تقرر واجباً عكسياً فى جانب المدين ، إذ يجب عليه إذا أخطره الكفيل بعزمه على الوفاء أو بالمطالبة الحاصلة له من الدائن أن يعترض على ذلك . فإذا لم يعارض المدين فى الوفاء ووفى الكفيل الدين فعلاً ، كان له أن يرجع على المدين حتى لو كان هذا الأخير قد دفع الدين . أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه (١) .

رأى الفقه :

١- يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية ، إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمنى ، أو بغير علمه . ويستوى فى ذلك الكفيل العادى والكفيل المتضامن والكفيل الذى تقدم باعتباره مديناً متضامناً أصلياً ، والكفيل غير المأجور ، والكفيل المأجور ، والكفيل الشخصى والكفيل العينى .

أما إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن بالرغم من معارضته فإن هذا الفرض لا يدخل فى نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى .

وإذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن دون مصلحة المدين ، كان عقد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص٥٣٩ و٥٤٠ .

الكفيل الكفالة بعد عقد الدين لتأمين الدائن دون أية فائدة للمدين ، لم يكن الكفيل ، سواء كانت الكفالة لمصلحته أو لم تكن ، أن يرجع على المدين إلا بدعوى الاثراء بلا سبب . فيرجع بما دفعه من الدين وهو مقدار ما افتقر به وفي الوقت ذاته مقدار ما اغتنى به المدين ، دون أن يرجع بالمصروفات أو بالفوائد . أما إذا عقدت الكفالة لمصلحة كل من المدين والدائن معًا ، فإن الكفيل يرجع على المدين بنفس الدعوى الشخصية كالتي كان يرجع بها لو أن الكفالة عقدت لمصلحة المدين وحده. وهذا هو الحكم أيضًا إذا اعتبرت الكفالة لمصلحة المدين والكفيل معاً .

وقد ثار خلاف حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه الدعوى الشخصية .

ففي الفقه الفرنسي – يذهب الفقهاء بوجه عام إلى أن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين ليست إلا دعوى الكفالة بعلم المدين ودون معارضته ، وتكون الوكالة صريحة إذا رضي المدين بالكفالة رضاء صريحاً ، وتكون الوكالة ضمنية إذا رضي المدين بالكفالة رضاء ضمنيًا أي سكت ولم يعارض في الكفالة . أما إذا عقدت الكفالة بغير علم المدين ، فإن الكفيل يكون فضوليًا ، ويرجع إذا وفى الدين بدعوى الفضالة على المدين . ومعنى أن الأساس القانوني للدعوى الشخصية هي دعوى الوكالة أن المدين ، برضائه بالكفالة رضاء صريحاً أو بسكوته فيكون هذا رضاء ضمنياً ، قد وكل الكفيل في كفالته وبدفع الدين عنه إذا لم يدفع هو ، فيرجع عليه الكفيل بما يرجع به الوكيل على الموكل .

أما غالبية الفقهاء المصريين – فيذهبون مذهباً آخر ، ويقولون إن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن دون معارضته ، أو عقدت بغير علمه ليست هي دعوى الوكالة أو الفضالة ، بل هي دعوى أخرى متميزة عن كل من الدعويين ويسمونها بدعوى الكفالة .

وقائد الفكر القانونى الدكتور السنهورى لا يرى أهمية عملية كبيرة فى القول بأن الدعوى الشخصية التى يرجع بها الكفيل على المدين هى دعوى خاصة نص عليها القانون ، وليست بدعوى الفضالة . ولا يظهر من الأعمال التحضيرية أن المشرع قصد أن يخالف نظرية الفقه الفرنسى فى هذا الصدد ، بل يبدو أنه أراد أن يسلم بها بنقله نص المادة ٨٠٠ مدنى عن المشروع الفرنسى الايطالى . وليست هناك أهمية عملية كبيرة من القول بالنظرية الجديدة وهى نظرية دعوى الكفالة دون القول بالنظرية التقليدية وهى نظرية دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة ، فالحلول العملية واحدة فى كل من هاتين النظريتين .

وهناك شروط ثلاثة لابد من توافرها حتى يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية - هى :

١- قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين .

٢- وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله .

٣- اخطار الكفيل المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين - خشية أن يكون المدين قد وفى الدين قبل أن يوفيه الكفيل . أما إذا أخطر الكفيل المدين قبل الوفاء ، فإنه يتعين على المدين إذا كان قد وفّى الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه أن يعارض فى الوقت المناسب فى أن يفى الكفيل بالدين . ولا يوجد شكل خاص لهذه المعارضة ، كما لا يوجد شكل خاص لاخطار الكفيل المدين قبل الوفاء ، فيصح أن تكون هذه المعارضة بورقة رسمية على يد محضر ، ويصح أن تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، ويصح أن تكون شفوية على أن يقع عبء الإثبات على المدين ، فإذا تمت المعارضة وجب على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء ، وأن يدخل المدين فى الدعوى إذا طالبه الدائن قضائيًا حتى يتولى المدين دفع مطالبة الدائن (١) .

١- تكاد الفقرة الأولى من المادة ٧٩٨ مدنى أن تكون تكرار للمادة

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق ص٦٥٦ وما بعدها .

٦١٩/٥٠٧ من التقنين القديم . وهى تلزم الكفيل باخطار المدين قبل الوفاء للدائن حتى يعترض على الوفاء إن كان هناك وجه ، فإذا أهمل فى الاخطار ، سقط حقه فى الرجوع على المدين ، إذا أثبت هذا أنه وفىّ الدين بنفسه ، أو أن لديه أسباباً تقضى ببطلان الدين أو انقضائه (كالسبب غير المشروع أو التقادم) .

وقد أضاف المشرع الفقرة الثانية رغبة منه فى الايضاح والتبسيط ، فقضى بأن على المدين إذا أخطره الكفيل بعزمه على الوفاء أن يعترض على ذلك . فإذا لم يعترض وفىّ الكفيل الدين فعلاً ثبت له حق الرجوع على المدين حتى لو كان هذا الأخير قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه (١) .

مادة ٧٩٩ – إذا وفىّ الكفيل الدين ، كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين ، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٨٠٨ ليبى و٧٦٥ سورى و١٠٣٣ عراقى و١٠٨٤ لبنانى و٦٨١ سودانى و١٥٠٩ تونسى و ٧٧١ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

استمد المشروع المادة ١١٥٣ من المادة ٧٢٨ من المشروع الفرنسى الايطالى مع اضافة الفقرة الخاصة بحالة الوفاء الجزئى، وهى تطابق فى أحكامها المادة ٦١٧/٥٠٥ من التقنين الحالى . والكفيل الذى يوفى عند حلول أجل الدين يكون له الحلول محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين ، فإن كان قد وفى قبل حلول الأجل ، باتفاق مع المدين فإنه

---

(١) التقنين المدنى – للدكتور محمد على عرفه – المرجع السابق – ص٥٨٤ .

يكون له كذلك أن يحل محل الدائن قبله . فإن كان الوفاء قبل الأجل قد تم بغير رضاء المدين ، فإن الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه فى الرجوع على المدين والحلول محل الدائن إذا كان الدين قد انقضى فى المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة مثلاً ، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من الدين . فإن كان الوفاء جزئياً ، فإن الكفيل لا يستطيع تطبيقًا لقواعد الحلول (م٤٦٥ من المشروع) الرجوع على المدين والحلول محل الدائن قبل أن يستوفى هذا الأخير نهائياً ماله (١) .

رأى الفقه :

١- كل كفيل يرجع بدعوى الحلول على المدين ، يستوى فى ذلك أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة الاثنين معًا أو لمصلحة المدين والكفيل أو لمصلحة الدائن والكفيل . وعلى ذلك يستوى الكفيل غير المأجور والكفيل المأجور ، ويستوى أيضًا الكفيل غير المتضامن مع المدين والكفيل المتضامن معه .

وليست المادة ٧٩٩ مدنى إلا تطبيقًا تشريعيًا للمادة ٣٢٦ مدنى ويجب توافر شرطين لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ، هما :

١- قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين .

٢- وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله .

فيحل الكفيل محل الدائن فى حقه بما لهذا الحق من خصائص . فإذا كان حق الدائن حقاً تجارياً ، انتقل إلى الكفيل على هذه الصفة حقاً تجارياً . وإذا كان حقًا يسقط بالتقادم بانقضاء مدة قصيرة خمس سنوات أو أقل ، فإنه ينتقل إلى الكفيل قابلاً للسقوط بالتقادم بهذه المدة القصيرة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ٥ – ص٥٤٢ و٥٤٣ و٥٤٤ و٥٤٥ .

كما أن الكفيل يحل محل الدائن فى حقه بما يلحق هذا الحق من توابع (كالفوائد ، والحق فى دعوى الفسخ ، والحق فى الطعن بالدعوى البوليصية ، والحق فى الحبس ، واستعمال الشرط الجزائى) .

كما يحل الكفيل محل الدائن فى حقه فى التأمينات العينية (كالرهن الرسمى أو الحيازى وحق الاختصاص والامتياز) .

ويحل محله فى حقه بما يرد عليه من دفوع (كالدفع بالبطلان وبانقضاء الدين بالوفاء أو غيره كالمقاصة والتجديد والابراء والتقادم أو تحقق الشرط الواقف أو الفاسخ أو الأجل) .

ويرجع الكفيل على المدين فى دعوى الحلول بما دفعه للدائن من أصل الدين والفوائد (قانونية كانت أو اتفاقية) .

مقارنة بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية : تتميز دعوى الحلول على الدعوى الشخصية بأن الكفيل إذا رجع بدعوى الحلول كان له جميع تأمينات الحق الذى وفاه ، وينتقل إليه الحق بما له من خصائص وما يلحقه من توابع - على ما تقدم - ولا يشترط ، فى دعوى الحلول ، أن يكون الكفيل قد أخطر المدين بعزمه على الوفاء ، ويشترط ذلك فى الدعوى الشخصية .

ولكن الدعوى الشخصية قد تكون لها مميزات على دعوى الحلول منها :

١- أن الكفيل فى الدعوى الشخصية يستحق الفوائد القانونية على جميع ما دفعه للدائن وفاء للدين من وقت الدفع ، ويرجع فيها أيضاً بالمصروفات التى انفقها فى سبيل الوفاء بالتزامه وكل ما حكم به من المصروفات للدائن ، كما يرجع بالتعويض عن الضرر الذى يكون قد أصابه دون خطأ منه بسبب تنفيذ التزامه . ولا يرجع الكفيل فى دعوى الحلول لا بالفوائد القانونية ولا بالمصروفات ولا بالتعويض .

٢- إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية ، فإن حقه يكون قد نشأ منذ الوقت الذى وفىّ فيه المدين للدائن ، فلا يبدأ سريان التقادم إلا من ذلك الوقت . أما فى دعوى الحلول فيرجع الكفيل بنفس حق الدائن ،

وقد بدأ سريان تقادم هذا الحق منذ أن استحق أو قبل أن يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الدعوى الشخصية ، وقد تكون مدة تقادم حق الدائن قد أوشكت على الانقضاء ، فلا تلبث أن تنقضى بعد انتقال الحق إلى الكفيل .

٣- إذا كان الكفيل قد وفىّ الدين وفاء جزئيًا وأراد الرجوع بدعوى الحلول ، فإنه يتأخر عن الدائن حتى يستوفى الدائن من المدين الباقى من حقه . أما إذا رجع الكفيل بالدعوى الشخصية ، فإنه يتعاون مع الدائن ولا يتقدم الدائن عليه، ويقتسمان مال المدين اقتسام الغرماء (١).

٢- تعرض المادة ٧٩٩ مدنى لدعوى الحلول ، وهى تطابق المادة ٦١٧/٥٠٥ من التقنين القديم . فتقرر أن الكفيل الذى يوفى الدين عند حلول الأجل ، وبعد اخطار المدين وعدم اعتراضه ، يكون له الحلول محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين . ولكن إذا كان الوفاء جزئيًا فإن الكفيل لا يستطيع ، تطبيقًا لقواعد الحلول ، الرجوع على المدين بدعوى الحلول قبل أن يستوفى الدائن ما يفى من دينه (٢) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- إذا كان أساس دعوى رجوع الكفيل عن المدين بما أوفاه عنه هو حلول الكفيل محل الدائن فى الرجوع على المدين -حلولاً مستمداً من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل ومستنداً إلى المادتين ١/٣٢٦ و٣٢٩ من القانون المدنى اللتين تقضيان بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزمًا بالدين مع المدين أو ملزمًا بوفائه عنه ، وأن من حل قانونًا أو اتفاقًا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ، وكان القرض - المكفول - عملاً تجارياً بالنسبة لطرفيه ، فإن الكفيل الموفى يحل

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص١٨٠ وما بعدها .

(٢) التقنين المدنى - للدكتور محمد على عرفه - ص٥٨٥ - ويراجع : عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى منصور - ص١٠٢ وما بعدها .

محل الدائن الأصلى بما له من خصائصه ومنها صفته التجارية وبالتالى يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها (١) .

مادة ٨٠٠ - للكفيل الذى وفىّ الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه .

ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ، على أنه فى المصروفات لا يرجع إلا بالذى دفعه من وقت اخباره المدين الأصلى بالاجراءات التى اتخذت ضده .

ويكون للكفيل الحق فى الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٨٠٩ ليبى و٧٦٦ سورى و١٠٣٣ عراقى و١٠٨٠ لبنانى و٦٨٢ سودانى و١٥٠٥ تونسى و٧٧٠ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

نقل المشروع المادة ١١٥٣ مكررة ، عن المادة ٧٣٩ من المشروع الفرنسى الايطالى ، وهى تعرض للدعوى الشخصية التى للكفيل قبل المدين ، وقد آثر المشروع أن يبين ما يرجع به الكفيل فى الدعوى الشخصية ، فهو يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات والتعويضات . وهذه الأحكام معمول بها فى ظل التقنين الحالى رغم عدم النص عليها (٢) .

---

(١) نقض جلسة ١٩٧٨/١/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٩ - مدنى ص١١٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ - ص٥٤٧ .

رأى الفقه :

١- يرجع الكفيل – بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى – على المدين بالدعوى الشخصية إذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمنى أو بغير علمه . ويستوى فى ذلك الكفيل العادى والكفيل المتضامن والكفيل الذى تقدم باعتباره مديناً متضامناً أصلياً ، والكفيل غير المأجور والكفيل الشخصى والكفيل العينى .

أما إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ولكن بالرغم من معارضته ، فإن هذا الفرض لا يدخل فى نص الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى . صحيح أن الكفالة فى هذا الفرض تعقد بعلم المدين إذ هو يعارض فيها . ولكن النص عندما تحدث عن كفالة تعقد بعلم المدين إنما افترض أنها عقدت برضاء المدين ، ولو أراد كفالة تعقد بالرغم من معارضة المدين لذكر ذلك صراحة كما ذكره فى حالات أخرى (م٢/٢٢٣ و٢/٣٢٤ و٧٧٥ مدنى) . وعلى ذلك يكون النص قد أغفل هذا الفرض ، فلم يبق إلا تطبيق المبادئ العامة . وهى تقضى بأن الكفيل يرجع على المدين بقاعدة الاثراء بلا سبب أى يرجع بمقدار ما دفع عن المدين . ولكن الكفيل لا يرجع بالمصروفات التى تكبدها لأن المدير لم يغتن بمقدارها وإن كان الكفيل قد افتقر ، ولا يرجع الكفيل بفوائد ما دفعه . لا من وقت المطالبة القضائية بالفوائد طبقاً للقواعد العامة . وليس من وقت دفعها . خلافاً للكفيل الذى عقد الكفالة بعلم المدين وبرضاه الصريح أو الضمنى ، أو عقدها بغير علمه فإنه يرجع بالمصروفات وبالفوائد من وقت أن وفى الدين ، وهذا هو الفرق بين كفيل عقد الكفالة من غير معارضة المدين وكفيل عقدها بالرغم من معارضة المدين .

ويخلص من نصوص الفقرتين ٢ و٣ من المادة ٨٠ مدنى أن الكفيل يرجع على المدين فى الدعوى الشخصية بما يأتى :

١- أصل الدين ، وفوائده الاتفاقية أو القانونية مادامت تدخل ضمن الدين المكفول .

٢- الفوائد .

٣- المصروفات .

٤- التعويض - وقد أجمع الفقه المصرى على جواز رجوع الكفيل بتعويض على المدين ، وإن كان بعض الفقهاء يشترط سوء نية المدين (١) .

٢- تعرض المادة ٨٠٠ مدنى للدعوى الشخصية التى للكفيل قبل المدين ، وتبين فى فقرتها الثانية أن الكفيل يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات التى انفقها من وقت اخطار المدين بالمطالبة الخاصة من الدائن . وهذه الأحكام معمول بها فى ظل التقنين القديم برغم عدم النص عليها . وقد أضاف المشرع إلى ذلك حكمًا جديدًا ، إذ قرر فى الفقرة الثالثة أن الفوائد تسرى لصالح الكفيل عن كل ما دفعه ابتداء من يوم الدفع . وهذا استثناء جديد من أحكام القواعد العامة التى تجعل المطالبة القضائية موعدًا لبدء سريان الفوائد القانونية (٢) .

٣- بعد أن قرر المشرع فى الفقرة الأولى من المادة ٨٠٠ مدنى حق الكفيل فى الرجوع على المدين ، نص فى الفقرتين التاليتين على أن الكفيل يرجع بما يلى :

١- بما دفعه للدائن لابراء ذمة المدين ، ويدخل فى هذا أصل دين المدين والفوائد التى استحقت عنه إلى اليوم الذى وفىّ فيه الكفيل ، والمصروفات التى انفقها الدائن فيما اتخذه من اجراءات ضد المدين واضطر الكفيل إلى دفعها لدخولها فيما يلتزم به نحو الدائن .

٢- بالمصروفات التى انفقها الدائن فيما يتخذه من اجراءات ضد الكفيل ودفعها الكفيل للدائن ، وبالمصروفات التى أنفقها هو كمصروفات الدعوى التى رفعها عليه الدائن ، ومصروفات الارشاد إلى أموال المدين عند التجريد . ولما كان من الجائز أن يجهل المدين الاجراءات الموجهة ضد الكفيل . ولو علم بها لوفى الدين للدائن تجنبًا للمصاريف ، فيجب على الكفيل أن يخطره بهذه الاجراءات ، فإن لم يفعل كان مقصرًا وتحمل هو المصروفات التى تنفق منه أو من الدائن

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص١٥٩ وما بعدها .
(٢) التقنين المدنى- للدكتور محمد على عرفه - المرجع السابق - ص٥٨٥ و٥٨٦ .

ابتداء من الوقت الذى كان يجب فيه الاخطار ، ولهذا فلا يرجع الكفيل إلا بالمصروفات اللاحقة للاخطار . وبالرغم من اطلاق نص المادة ٢/٨٠٠ مدنى ، فيجب استثناء مصروفات المطالبة الأولى ، كمصروفات التنبيه على الكفيل بالوفاء ، ومصروفات رفع الدعوى عليه ، لأن هذه المصروفات ينفقها الدائن قبل أن يصل أى اجراء إلى الكفيل مما يوجب عليه اخطار المدين ، فيلتزم بها المدين دون الكفيل .

٣- بفوائد ما دفعه للدائن . وهنا خرج المشرع على القاعدة العامة التى تقضى بأن الفوائد القانونية لاتسرى إلا من تاريخ المطالبة القضائية (م٢٢٦ مدنى) ، فقرر سريان الفوائد ابتداء من يوم الدفع (م٣/٨٠٠ مدنى) كما فعل بالنسبة للفضولى والوكيل (م١٩٥ و ٧١٠ مدنى) .

٤- يرى بعض الشراح عدم جواز الرجوع بالتعويض لعدم النص على ذلك ، وإذا كان المشرع قد ترك الأمر للقواعد العامة فهذه لا تخول للكفيل الرجوع بالتعويض . ويرى البعض الآخر - وهو ما يفضله الدكتور منصور مصطفى منصور - جواز الرجوع بالتعويض إذا كان المدين قد تسبب بسوء نية فيما لحق الكفيل من ضرر ، وذلك استناداً إلى القواعد العامة . فاستحقاق الكفيل للتعويض فيما يزيد عن حد الفوائد ، منوط بأن يثبت سوء نية المدين ، كأن يثبت أنه كان قادراً على الوفاء وأخفى ما لديه من أموال مما أدى إلى التنفيذ على أموال الكفيل (١) .

من أحكام القضاء الحديثة :

١- متى كان الحكم الابتدائى قد انتهى فى أسبابه إلى تقرير جواز رجوع الكفيل على المدين المفلس بما اداه من ديون لدائنيه وقضى فى منطوقه بندب خبير لبيان المبلغ الذى استفاده المدين مما اداه كفيله عنه، فإن الحكم بذلك يكون قد قضى قضاء قطعيًا فى أصل الحق المتنازع عليه وهو حق الرجوع ، وأنهى النزاع بين الطرفين فى هذا الخصوص

---

(١) عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص٩٦ وما بعدها .

وحصر الخصومة بعد ذلك فى بيان المبلغ الذى استفاده المدين المكفول مما اداه عنه الكفيل (١) .

٢- لما كان المتبوع – وهو فى حكم الكفيل المتضامن – لا يستطيع الرجوع على تابعه عند وفائه التعويض للدائن المضرور بالدعوى الشخصية التى قررها القانون فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى للكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده ، فإنه لا يكون للمتبوع فى رجوعه على المدين إلا دعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى وهى تطبيق للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتى تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بوفاء الدين عن المدين (٢) .

مـادة ٨٠١ – إذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين ، فللكفيل الذى ضمنهم جميعًا أن يرجع على أى منهم بجميع ما وفاه من الدين .

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية ، المواد التالية :

مادة ٨١٠ ليبى و٧٦٧ سورى و١٠٣٥ عراقى و٦٨٣ سودانى و٧٧٢ كويتى .

الأعمال التحضيرية :

المادة ١١٥٤ تطابق المادة ٧٣٠ من المشروع الفرنسى الايطالى . وهى تقرر الحق للكفيل الذى يكفل عدة مدينين فى أن يرجع على كل

---

(١) نقض – جلسة ١٩٥٨/٣/٦ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ٩ – مدنى – ص١٢٠ .

(٢) نقض جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ – المرجع السابق – السنة ١٩ – ص٣٢٧ .

منهـم بمقتضى دعواه الشخصية بما أنه كفل كلا منهم من أجل كل الـدين (١) .

رأى الفقه :

١- يفـرض نص المادة ٨٠١ مـدنى أن هناك مـدينين متـعـددين متضامنين فى دين واحد ، وأن كفيلاً قد ضمنهم جميعاً . وهناك فرض آخر ، هو أن هناك مدينين متعددين متضامنين فى دين واحد ، وأن كفيلاً ضمن بعضهم دون الباقين .

١- فبالنسبة للفرض الأول (مدينون ضمنهم الكفيل جميعاً) - هذا هو الفرض الذى أورده حكمه نص المادة ٨٠١ مـدنى ، وهو أبسط الفرضين ، فللكفيل أن يرجع على أى من المدينين المتضامنين إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .

٢- وبالنسبة للفرض الثانى (مدينون متضامنون ضمن الكفيل بعضهم) - فإن الكفيل يرجع على المدين الذى ضمنه بكل الدين ، سواء كان ذلك بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .

إن الكفيل يرجع بدعوى الحلول على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين ، سواء ضمنهم كلهم أو ضمن بعضهم فقط . أما إذا رجع بالدعوى الشخصية ، فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل قد ضمن كل المدينين المتضامنين ، أو ضمن بعضهم دون البعض الآخر . فإن كان قد ضمن كل المدينين المتضامنين ، فإنه يرجع على أى منهم بكل الدين . أما إذا كان قد ضمن بعضهم فقط ، فإنه يرجع على المدين الذى ضمنه بكل الدين ، ويرجع على المدين الذى لم يضمنه بقدر حصته فى الدين (٢) .

٢- تقرر المادة ٨٠١ مدنى أن الكفيل الذى يكفل عدة مدينين متضامنين ، أن يرجع على من يختاره من بينهم بكل ما دفعه بمقتضى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٥ - ص٥٥٠ .

(٢) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص١٩٣ وما بعدها .

دعواه الشخصية ، بما أنه كفل كلا منهم فى الدين كله ، ولا مقابل لهذا النص فى التقنين القديم (١) .

(١) التقنين المدنى - للدكتور محمد على عرفه - ص٥٨٦ ، ويراجع : عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص١١٠ وما بعدها .

القسم الأول

التضامن

التضامم

الباب الأول
التضامن

الفصل الأول
تعريف التضامن

لم يرد بنصوص القانون المدنى تعريف صريح للتضامن ، وإن تضمنت أنواعه ، وأحكامه وآثاره .

وقد عرفه الأستاذ عبد المنعم حسنى ، قولاً إن :

(التضامن وصف يحول دون انقسام الحق فى حالة تعدد الدائنين أو الالتزام فى حالة تعدد المدينين) (١) .

وجاء بنص المادة ٢٧٩ من القانون المدنى أن التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون .

والتضامن أنواع سيرد عرض لها لاحقاً فى الفصل الثانى .

(١) الموجز فى النظرية العامة للالتزام - ملحق مجلة المحاماه - العدد ٣ و ٤ - ٧١ - ١٩٩١ ص٢٠٤ .

الفصل الثانى
أنواع التضامن

والتضامن أنواع عديدة

فيكون فى حالة تعدد الدائنين تضامناً ايجابياً ، وعند تعدد المدينين تضامناً سلبياً .

فبالنسبة للتضامن الايجابى (١) ، فإنه فى علاقة الدائنين المتضامنين ، بالمدين ، فإنه فيما يترتب على وحدة المحل ، فإن من شأن التضامن الايجابى أن يكون لكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يرجع على المدين ، وللمدين أن يفى بالدين لأى واحد منهم فيبرئ بهذا الوفاء ذمته منه ، وهو ما عنته المادتان ٢٨٠ و٢٨١ من القانون المدنى (٢) – حيث تحددان المبادئ التالية :

١– إذا كان التضامن بين الدائنين جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم – إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك .

٢– ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام .

٣– ويجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعول من أثر الدين .

٤– ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً .

---

(١) الأستاذ عبد المنعم حسنى – المرجع السابق – ص٢٠٤ .

(٢) يراجع ما جاء بشأنهما من التعليق فى الفصل الأول من مدخل هذا الكتاب .

وأثر تعـدد الـروابط التى تـربط (١) كل واحـد مـن الدائنين المتضـامنين بالمدين – يظهره فى أمرين :

أ- الاعتداد بالوصف الذى يلحق رابطة كل دائن بالمدين ، وهذا ما أشارت إليه المادة ٢٨١ من القانون المدنى .

ب- براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين بسبب غير الوفاء . وقد أشارت إلى ذلك المادة ١/٢٨٢ مدنى .

وقد أخذ المشرع بفكرة النيابة التبادلية بين الدائنين المتضامنين فيما ينفعهم ، وهو ما كشفت عنه المادة ٢/٢٨٢ مدنى .

ويترتب على ذلك أن أى عمل يأتيه أحد الدائنين المتضامنين يجلب منفعة لا تقتصر عليه وحده وإنما ينتفع به سائر الدائنين . وإذا كان العمل ضاراً ، فلا يلحق الضرر سوى من جلبه دون سائر الدائنين .

وعلى ذلك إذا صدر لصالح المدين حكم ضد أحد الدائنين المتضامنين فلا يسرى على غيره من الدائنين . وعلى العكس إذا صدر لغير صالحه استفاد منه باقى الدائنين .

فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم :

يظهر مما نصت عليه المادة ٢٨٣ مدنى أنه إذا كان الدين يعتبر وحدة لا تقبل التجزئة فى علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين ، إلا أنه ينقسم فى حالة الدائنين بعضهم ببعض .

وينبنى على ذلك أن كل ما يستوفيه أحد الدائنين يصير من حق هؤلاء الدائنين يتحاصون فيه بنسبة أنصبائهم وفقًا لما اتفقوا عليه صراحة أو ضمناً . فإذا كان أحدهم هو صاحب المصلحة فى الدين وحده، وكان الباقون مجرد وكلاء سخروا فى الواقع من الأمر استقل هذا الدائن وحده بالدين بأسره إن كان قد استوفاه ، وكان له أن يرجع به كله على من يستأديه من سائر الدائنين (٢) .

---

(١) الأستاذ عبد المنعم حسنى – المرجع السابق – ص٢٠٤ .

(٢) الأستاذ عبد المنعم حسنى – المرجع السابق – ص٢٠٤ وما بعدها ، ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – جزء ٣ – ص٦٠ و٦١ .

التضامن بين المدينين :

من الحالات التى يرى أغلبية الفقه من تطبيقات النيابة حالة التضامن السلبى ، إذ يقال أن بين المدينين المتضامنين نيابة تبادلية فى كل ما لا يزيد من عبء الالتزام بحيث يعتبر كل مدين نائبًا عن سائر المتضامنين فى التصرفات النافعة لهم ، أى المؤدية إلى تخفيف عبء الالتزام ، وتسمى هذه النيابة النيابة التابعة دون سواها . (الموجز – للدكتور السنهورى – هامش ١ بند ٥١٠ ، ورواست) ، حيث قرر الأخير أن علاقة المدينين المتضامنين تتميز عن النيابة ، وأنه ينبغى تفسير تلك العلاقة بغير اللجوء إلى فكرة النيابة .

ولفكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين أصل فى النصوص التشريعية ، فقد كانت المادة ١٠٨ من القانون المدنى المصرى القديم تنص على أنه فى حالة التضامن (يعتبر المتعهدون كفلاء كبعضهم بعضاً ووكلاء عن بعضهم بعضًا فى وفاء المتعهد به ، وتتبع القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والوكالة) .

أما القانون الحالى ، فإنه وإن أغفل النص على الوكالة أو النيابة ، فقد جاء بنصوص عديدة ، مبناها فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين ، كما صرحت بذلك المذكرة الايضاحية ، إذ أشارت إلى أن النصوص الجديدة تستبعد فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين كلما كان فيها ما يسئ إلى مركزهم ، وبالعكس تأخذ بتلك الفكرة كلما كان فى اعمالها منفعة لمن تنتظمهم رابطة التضامن .

وعلى هذه فتصرفات المدين المتضامن تنسحب آثارها على سائر المتضامنين كلما كان فى ذلك منفعة لهم ، فمن ذلك اعذار أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فإن باقى المدينين يستفيدون من هذا الاعذار (المادة ٢/٢٩٣ مدنى) .

ومن ذلك الصلح الذى يبرمه أحدهم مع الدائن ، ويتضمن الابراء أو براءة الذمة ، فهذا الصلح ينتج أثره فى حق باقى المتضامنين (م٢٩٤ مدنى) .

وغنى عن البيان أن قيام أحد المتضامنين بالوفاء ينتج عنه – فى علاقة المدينين بالدائن – براءة ذمة سائر المتضامنين .

على أن الدكتور جمال مرسى بدر (١) لا يرى فى هذه الأحكام كلها نيابة حقيقية . وعنده أن امعان النظر يؤدى إلى القول بأن تجب نسبة هذه الأحكام الخاصة بالتضامن إلى النيابة وفى اعتبارها تطبيقات لما يسمى بالنيابة التبادلية الناقصة خروجًا على الدقة الواجبة وتجاهلاً للميزات الجوهرية لنظام النيابة . بمعناه الفنى الدقيق .

فالتضامن إما أن يكون ايجابيًا ، وإما أن يكون سلبيًا ونتناول فى فرعين نوعى التضامن هذين .

الفرع الأول
التضامن الايجابى

تقضى المادة ٢٧٩ مدنى بأن التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون .

فقد بينت تلك المادة نوعى التضامن : الايجابى (بين الدائنين) والسلبى (بين المدينين) .

ثم تناولت المواد من ٢٨٠ حتى ٢٩٩ من القانون المدنى أحكام التضامن الايجابى والتضامن السلبى .

والتضامن حالة قانونية يكون فيها لأى دائن من الدائنين المتعددين أن يطالب المدين بكل الدين بحيث يكون وفاء المدين لأى دائن بكل الدين مبرئ لذمته فى مواجهة كافة الدائنين ، وهذا هو التضامن الايجابى .

والتضامن الايجابى نادر فى الحياة العملية ، على حين أن التضامن السلبى هو الأكثر شيوعاً .

---

(١) النيابة فى التصرفات القانونية – رسالة دكتوراة – للدكتور جمال مرسى بدر طبعة ١٩٨٠ – ص٣٤٢ وص٣٤٣ .

والتضامن بصورتيه واحد من طرق الضمان للمدين ، بل هو أقوى في الضمان من الكفالة . إذ الدائن في الكفالة إذا لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين لا يستطيع أن يرجع إلا على المدين الأصلي أولاً ، فإذا لم يستوفي دينه منه ، أمكن له أن يرجع على الكفيل . بينما في التضامن السلبي فيستطيع الدائن أن يرجع على أي مدين متضامن .

فالتضامن بين الدائنين (الايجابي) - إذن - حالة قانونية يكون بمقتضاها لأي دائن مطالبة المدين بالدين كله ، وهذه فائدة التضامن بالنسبة إلى الدائنين المتضامنين ، دون أن يستطيع هذا الدائن أن يرفض استيفاء الدين كله ويقتصر على قبض نصيبه من هذا الدين . وهذه هي الميزة الجوهرية للتضامن بين الدائنين بالنسبة إلى المدين ، فهو يكون بذلك أقرب من أن يكون ضماناً للمدين من أن ضماناً للدائنين المتضامنين ، إذ يستطيع المدين أن يوفي أحد هؤلاء الدائنين الدين كله دون أن يضطر إلى تجزئة الدين واعطاء كل دائن نصيبه .

وترجع ندرة التضامن الايجابي في العمل إلى مخاطره بالنسبة للدائنين أكثر من فوائده ، فالتضامن قد يعرضهم للخطر إذا استوفى احدهم الدين بأكمله ثم اعسر قبل أن يوفي لشركائه حصصهم . ولتفادي بعض هذه المخاطر أجاز التقنين المدني في المادة ٢٨٠ للدائنين ان يمانعوا في أن يقع الوفاء لأحدهم . كما أن فائدته يمكن تحقيقها دون خطر عن طريق الوكالة . أما فائدته بالنسبة للمدين فمن الممكن أن تتلاشى بمجرد الاعتراض على الوفاء بكل الدين لأحد الدائنين المتضامنين .

ويلاحظ أن نص المادة ٢٧٩ من التقنين المدني توهم بأن التضامن الايجابي كالتضامن السلبي قد يكون مصدره اتفاق أو نص في القانون ، والصحيح هو أن التضامن بين الدائنين لا يكون مصدره إلا الاتفاق أو الوصية ، أي الارادة بوجه عام ، ولا يكون مصدره القانون (١) .

---

(١) دروس في أحكام الالتزام - للدكتور فتحي عبد الرحيم - ص٢٣٦ و٢٣٧ .

والتضامن بنوعيه لا يفترض .

ويقوم التضامن بين الدائنين على تعدد الروابط ووحدة المحل ، ذلك أن كل دائن متضامن تربطه بالمدين رابطة مستقلة عن الروابط التى تربط المدين بالدائنين المتضامنين الآخرين . أما وحدة المحل فهى التى تحفظ للمحل وحدته بالرغم من تعدد الدائنين هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن التضامن يقوم على انقسام الحق بين الدائنين المتضامنين متى استوفاه أحدهم .

ولما كان ما تقوم فإن التضامن إما أن يكون ايجابياً وإما أن يكون سلبياً . أى تضامناً بين دائنين أو مدينين متعددين .

وفى الحالتين يكون هناك التزام واحد تعود أحد طرفيه .

فللتضامن اذن آثار خطيرة ، وهو ينطوى على خروج على القاعدة العامة التى تقضى بتعدد الالتزامات بقدر عدد الدائنين أو المدينين على نحو ما نصت عليه المادة ٢٧٩ مدنى .

وقد يكون الاتفاق على التضامن ضمنيًا يستخلص من الدلالة القاطعة على الاتفاق عليه ، وذلك بشأن المسائل المدنية . أما المسائل التجارية فإن التضامن بين المدينين (السلبى) مفترض ما لم يتفق على استبعاده .

أما التضامن الايجابى فلا يفترض سواء فى المسائل المدنية أو التجارية .

أما التضامن الايجابى فهو نادر فى العمل ، إذ الغرض منه يقتصر على تسهيل قبض الدين ، فيكون لأى من الدائنين أن يطالب المدين بكل الدين ، كما يجوز للمدين أن يوفى بكل الدين ، كما يجوز للمدين أن يوفى بكل الدين لأى منهم .

والأسس الجوهرية التى تقوم عليها القواعد المنظمة لنوعى التضامن واحدة [1] .

---

(١) فى النظرية العامة للالتزام - للدكتور اسماعيل غانم - الجزء ٢ - طبعة ١٩٦٧ - ص٣١١ وما بعدها ، وص٣٤١ وما بعدها .

وقد عنى المشرع بتفصيل قواعد التضامن السلبى فى المواد من ٢٨٤ إلى ٢٩٩ مدنى لما له من أهمية عملية .

بينما أجمل قواعد التضامن الايجابى فى المواد من ٢٨٠ إلى ٢٨٣ مدنى .

وأن المبادئ التى تحكم التضامن السلبى هى بذاتها التى تحكم التضامن الايجابى بين الدائنين . فالمبادئ الثلاثة : وحدة الدين ، وتعدد الروابط ، والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر ، هى التى تقوم عليها القواعد المنظمة لعلاقة الدائنين المتضامنين بالمدين . أما فى علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم هى انقسام الدين .

ومقتضى مبدأ وحدة الدين فلكل من الدائنين أن يطالب المدين بالوفاء بكل الدين ، وأن للمدين أن يوفى الدين كله لأى منهم فتبرأ ذمته بهذا الوفاء قبلهم جميعاً (م٢٨٠/١ و٢٨١/١ مدنى) .

على أن انقضاء الدين بالنسبة للدائنين جميعاً إذا قام المدين بوفائه، وإلا فلا تبرأ ذمة المدين قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى تم الوفاء له ويكفى مجرد الاعتراض ، فلا يشترط اتخاذ اجراء رسمى .

فإذا اعترض أحد الدائنين كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو ايداع الشئ محل الالتزام .

وإذا اتخذ أحد الدائنين قبل المدين اجراءات المطالبة وجب على المدين أن يوفى الدين كله لهذا الدائن أو أن ينضم إليه فى هذه الاجراءات من الدائنين الآخرين ، ففى قيام أحد الدائنين أو بعضهم باجراءات المطالبة مانع كان يحول دون الوفاء لغيرهم فلا يحتج بوفاء المدين لدائن آخر بعد المطالبة إلا بقدر حصة الدائن الموفى له .

وإذا توفى أحد الدائنين ، فلا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثته بنسبة حصه كل منهم فى الميراث (م٢٨٠/٢ مدنى) . فلو فرضنا ثلاثة دائنين متضامنين توفى أحدهم عن وارثين متكافئين فى الميراث ، فلا يجوز لأى من الوارثين أن يطالب المدين إلا بنصف الدين ، ولا يجوز للمدين أن يوفى لواحد منهما بأكثر من النصف . أما الدائنان

الأخران فلكل منهما المطالبة بوفاء الدين كله ويكون وفاء المدين لأى منهما بكل الدين مبرئاً لذمته بالنسبة للجميع

أما عن تعدد الروابط التى تربط الدائنين المتضامنين بالمدين فى أنه قد يلحق رابطة أحد الدائنين وصف يميزها عن رابطة غيره ، فيراعى فى مطالبة الدائنين للمدين ما يلحق رابطة كل منهم من وصف يعدل من أثر الدين بالنسبة إليه وحده (م١/٢٨٦ مدنى) كما قد يشوب احدى الروابط عيب لا يمس الروابط الأخرى ، كما لو وقع المدين فى غلط يجيز له أن يطلب ابطال العقد بالنسبة لبعض الدائنين فحسب ، بأن كان البعض على علم بهذا الغلط ، وكان البعض الآخر لا يعلم به ، ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ مدنى) . فإذا كان الوصف أو العيب خاصاً برابطة أحد الدائنين كان الدفع المبنى عليه دفعاً خاصاً لا يحتج به إلا على هذا الدائن ، على عكس الدفوع المشتركة كالدفع بالبطلان لعدم مشروعية المحل مثلاً (م٢/٢٨١ مدنى) .

كما يترتب على تعدد الروابط أنه قد تنقضى رابطة أحد الدائنين دون أن يوفى المدين الدين لسبب خاص بهذا الدائن ، وفى هذه الحالة لا ينقضى الدين بالنسبة للدائنين الآخرين إلا بقدر حصة هذا الدائن . هذه القاعدة العامة قررها المشرع فى المادة ٢/٢٨٢ مدنى دون أن يعنى بتطبيقها على كل سبب من أسباب انقضاء الالتزام : كالتجديد ، والمقاصة ، وإتحاد الذمة ، والابراء (١) .

وتقضى المادة ٢/٢٨٢ مدنى إلى استبعاد مبدأ (النيابة التبادلية بين الدائنين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر ، كلما كان فى الأخذ به ما يسئ إلى مركز الدائنين المتضامنين .

ومن تطبيقاتها الاعذار ، وقطع التقادم (خلافًا لوقفه حيث أن الوقف خاص بالدائن الذى تحقق سبب الوقف بالنسبة إليه .

وتطبق قاعدة الانقسام على الدائنين المتضامنين فيما بينهم (م٢٨٣ مدنى) .

---

(١) ينظر فى تطبيقها: الدكتور اسماعيل غانم- المرجع السابق - ص٣٤٤ و٣٤٥.

ورجوع الدائنين المتضامنين فيما بينهم لا يكون إلا بدعوى شخصية ، أو بدعوى الوكالة (الضمنية) ، أو بدعوى الفضالة .

ولا تتصور دعوى الحلول - بداهة - في التضامن الايجابي [1] .

على أن الرجوع لا يقتصر على حالة ما إذا استوفى أحد الدائنين الدين كله ، بل أن للدائنين الآخرين الرجوع على الدائن الموفى له أيا كان مقدار الموفى به ، فليس للموفى له أن يحتفظ بما استوفاه ولو كان لا يجاوز مقدار نصيبه في الدين .

على أنه إذا كان أحد الدائنين هو وحده . صاحب المصلحة في الدين ، فلم يكن للآخرين إلا وكلاء في حقيقة الأمر ، فلا يكون لهم عليه رجوع إن كان قد استوفى الدين ، وله أن يرجع بالدين كله على من استوفاه منهم [2] .

وعليه فقد يكون التضامن بين الدائنين ، وقد يكون بين المدينين ، وإن كان التضامن بين المدينين هو الأكثر وقوعاً في العمل .

وقد يجتمع في التزام واحد تضامن الدائنين وتضامن المدينين ، فيكون الالتزام متعدد الدائنين مع تضامنهم ، ومتعدد المدينين مع تضامنهم أيضاً .

ومصدر التضامن بين الدائنين الاتفاق (أو الارادة بوجه عام - م٢٧٩ مدني) .

والتضامن بين الدائنين نادر الوقوع في العمل

والتضامن بين الدائنين لا يفترض .

والتضامن بين الدائنين يجعل الالتزام متعدد الروابط ولكنه موحد المحل .

وأهم النتائج التي تترتب على تعدد الروابط بالرغم من وحدة المحل:

١- يجوز أن تكون الروابط التي تربط بعض الدائنين المتضامنين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - المذكرة الايضاحية - جزء ٢ - ص٣١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء ٣ - ص٦١ .

بالمدين موصوفة ، وتكون الروابط الأخرى بسيطة . فيجوز أن تكون رابطة معلقة على شرط وأخرى مضافة وثالثة بسيطة منجزة (م٢٨١ مدنى) .

٢- ويجوز أن تكون بعض الروابط قد شابها عيب والروابط الأخرى غير معيبة ، فيجوز أن يكون أحد الدائنين المتضامين قاصراً ، وكان قد شاب ارادته غلط أو تدليس أو الاكراه ، وثالث لم يشب ارادته عيب .

٣- يجوز أن تنقضى بعض الروابط ، وتبقى مع ذلك بعض الروابط الأخرى .

وبالنسبة للآثار التى تترتب على تضامن الدائنين ، يجب التمييز بين :

- العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين .

- والعلاقة بين الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض .

ففى صدد علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين ، فإنه استخلاصاً من المبادئ الأساسية التى قررتها النصوص ، فقد نصت المادة ٢٨٠ و ٢٨١ و ٢٨٢ من القانون المدنى على أحكام هذه العلاقة (١) .

أما فى صدد علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض :

١- أن الدين ينقسم ، بينما لا ينقسم فى علاقتهم بالمدين ، ولا يستوفى الدين أحد الدائنين المتضامنين ، بل يعتبر من حق الدائنين جميعاً منقسماً بينهم لكل منهم حصته (٢) .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٢٨٣ مدنى على كيفية تعيين حصة كل دائن متضامن .

وفى أغلب الأحوال يكون هناك اتفاق سابق بين الدائنين

---

(١) انظر فى تفاصيلها : الوجيز - للدكتور السنهورى والمستشار مصطفى الفقى - طبعة ٢ - ١٩٩٧ - ص١٠٧٤ وما بعدها .

(٢) تنظر المادة ١/٢٨٣ مدنى فى هذا المعنى .

المتضامنين يعين لكل دائن حصته فى الدين . وقد يتولى القانون هذا التعيين إذا لم يكن هناك اتفاق .

فإذا لم يكن هناك اتفاق أو نص لم يبق إلا اعتبار الدائنين المتضامنين متساويين جميعًا فى حصصهم وقسمة الدين بالتساوى بينهم بحسب الرؤوس .

وإذا أعسر الدائن الذى استوفى الدين عند رجوع الدائنين الآخرين عليه ، تحمل هؤلاء تبعة اعساره ولا يتحمل المدين شيئًا من ذلك ، وهذه هى فائدة التضامن بالنسبة إليه .

وفى مجال القانون المقارن – يقول الأستاذ منير القاضى (١) إن القانون العراقى تطرق – فى صدد تضامن الدائنين – إلى بحث الدين المشترك مقتبسًا أحكامه من الفقه الاسلامى ، وهو لا يتضارب مع أحكام تضامن الدائنين فى الدين ، وبين عدم تضامنهم فيه .

ومن مقتضى تنفيذ الدين للالتزام ومصدره أن يكون التنفيذ إما عينياً أى اداء المدين عين ما التزم به ، وإما بمقابل اى اداء المدين عوض ، ما التزم به أو بطريق الغرامات .

والتضامن بين الدائنين قليل الوقوع ، بخلاف التضامن بين المدينين فهو كثير الوقوع فى التعامل .

ولا يفترض التضامن بين الدائنين ولا بين المدينين ، بل لا يثبت ذلك إلا باتفاق بينهم أو نص قانونى .

وإذا تحقق التضامن بين الدائنين ، جاز لكل منهم أن يستوفى كل الدين أو بعضه وأن يقاضى به المدين كلاً أو بعضاً .

وليس للمدين إذا قاضاه أحد الدائنين ، أن يحتج عليه إلا بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن ، أو بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً كان يدفع بأن هذا الدائن قد أبرأه من دينه ، أو أن ديون الدائنين كافة باطلة لأنها عن مقامرة أو رهان .

---

(١) محاضرات فى القانون المدنى العراقى – معهد الدراسات العربية العالية – الجامعة العربية – طبعة ١٩٥٤ – ص٥٢ وما بعدها .

وليس له ان يحتج بأوجه الدفع الخاصة بدائن آخر لم يكن خصماً فى الدعوى . ولكن إذا كانت ذمة المدين قد برئت من حصة هذا الدائن الآخر ، كالمقاصة معه ، فإن له أن يحتج بذلك قدر تلك الحصة .

وجاز للمدين أن يوفى كل الدين وفاء صحيحًا لأى من الدائنين المتضامنين إلا إذا أنذره دائن آخر بأن يمتنع عن ذلك ، فليس له ابقاء حصة هذا الدائن يدفعها لغيره من الدائنين لأن هذا المنع يتضمن الغاء توكيله الدائن الآخر بقبض حصته .

وإذا أبرأ أحد الدائنين المدين من الدين لا ينفذ الابراء إلا فى حقه وحده ، بخلاف ما إذا قبض أحد الدائنين شيئًا من الدين فإنه يصير من حقهم جميعاً فيقتسمونه سوياً ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير التساوى .

الفرع الثانى
التضامن السلبى

التضامن بين المدينين هو ما يعرف بالتضامن السلبى وهو الأكثر وقوعاً فى العمل .

وإما أن يكون راجعًا فى مصدره إلى الاتفاق أو إلى نص القانون ، ومن النصوص القانونية المواد ١٦٩ و١٩٢ و٦٥١ و٧٩٥ مدنى ، والمادة ١٣٧ تجارى التى تنص على أن ساحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها وقابلها ومحيلها بالوفاء على وجه التضامن .

أما عن الاتفاق كمصدر للتضامن فهو يكون صريحاً أو ضمنياً ، دلالة واضحة لاخفاء فيها ليس مرجحاً فقط بل مؤكداً توافره .

إن التضامن بين المدينين يعتبر ضماناً فعالاً للدائن ضد الاعسار الذى قد يصيب أحد هؤلاء المدينين ، بحيث يجوز للدائن الرجوع على أى منهم ليستوفى حقه كاملاً .

ومن الطبيعى ان التضامن فى مجال العقد - لا يفترض ، وإنما

يتقرر بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م٢٧٩ مدنى مصرى و١٢٠٢ مدنى فرنسى) .

إن التضامن بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م٢٧٩ مدنى) .

فبالنسبة للاتفاق – الأصل أنه إذا تعدد المدينون انقسم الدين بينهم ، ولكن إذا اشترط الدائن على مدينه أن يلتزموا بطريق التضامن بين المدينين ، وهذه النصوص واردة على سبيل الحصر ، ولذلك لا يجوز القياس عليها ، ونكتفى بالاشارة إلى بعضها : المادة ١٦٩ مدنى ، والمادة ٢٢ تجارى ، والمادة ٤٤ عقوبات .

أحكام التضامن بين المدينين - علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين :

تتعدد الروابط التى تربط الدائن بمدينه المتضامن بقدر تعدد هؤلاء المدينين ، ومحل كل رابطة هو الدين بأكمله .

فإذا اقترض شخص أ و ب مبلغاً من المال بطريق التضامن ، قامت رابطتان : الأولى – تربط الدائن بالمدين (أ) ، ومحل هذه الرابطة هو الدين كله ، والثانية تربط الدائن بالمدين (ب) ومحل هذه الرابطة هو الدين كله .

ومن هذا نرى أن علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين تقوم على مبدأين : الأول – وحدة محل الالتزام ، والثانى هو تعدد الروابط .

فيترتب على وحدة محل الالتزام :

أ– أنه يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين (م٢٨٥ مدنى) .

ب– إذا وفى أحد المدينين بكل الدين برئت ذمته وبرئت ذمة سائر المدينين فى مواجهة الدائن ، فلا يستطيع أن يرجع على أى منهم بعد ذلك .

جـ– يستطيع كل دائن أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بأصل الدين كالدفع ببطلان الالتزام لعدم مشروعيته .

وتترتب على تعدد الروابط بين المدينين والدائن قيام رابطة مستقلة عن رابطة غيره .

ويترتب على ذلك :

أ- أنه قد تكون رابطة أحد المدينين منجزة ورابطة غيره موصوفة بأن تكون مقترنة بأجل أو معلقة على شرط . وقد أشارت الى ذلك المادة ١/٢٧٥ مدنى .

ب- أنه قد تكون رابطة أحد المدينين صحيحة ورابطة الآخر معيبة بسبب كونه ناقص الأهلية أو لأن ارادته يشوبها عيب من عيوب الارادة كالغلط أو التدليس أو الاكراه أو الاستغلال ، فلا يستطيع أن يتمسك بالبطلان إلا من كانت رابطته معيبة ، ولا يجوز ذلك لمن كانت رابطته صحيحة .

جـ- أنه قد تنقضى رابطة أحد المدينين بسبب خاص به كالمقاصة أو اتحاد الذمة أو الابراء ، وقع ذلك تظل الروابط الأخرى قائمة ، ولكن لا يجوز للدائن أن يطالب أياً منهم إلا بما تبقى بعد استنزال حصة المدين الذى انقضى دينه من بينهم . وقد نصت على ذلك المواد ٢٨٧ و٢٨٨ و٢٨٩ من القانون المدنى (١) .

هذا ، ويلاحظ أن الدفوع التى يتمسك بها المدين المتضامن قبل الدائن على ثلاثة أنواع :

١- أما دفوع عامة يستفيد منها جميع المدينين ، وهى التى ترجع إلى الدين ذاته كالدفع بالبطلان بعدم مشروعية الدين . ويستطيع جميع المدينين أن يتمسكوا بهذه الدفوع .

٢- وإما دفوع شخصية لا يستطيع أن يتمسك بها إلا من تقررت لمصلحته - كالدفع بنقص الأهلية ، وكالدفع بعيب من عيوب الارادة .

٣- وإما دفوع مختلطة بمعنى أنها تتحقق بالنسبة لأحد المدينين ،

---

(١) الالتزام - دراسة موجزة- للدكتور حسن النورى - طبعة ١٩٧٤- ص١٠٣ .

ولكن يستفيد منها غيره من المدينين بقدر حصه ذلك المدين كالمقاصة واتحاد الذمة والابراء (١) .

وتقوم علاقة المدينين المتضامنين بعضهم بالبعض الآخر على فكرتين :

انقسام الدين .

والنيابة التبادلية الناقصة .

فبالنسبة لانقسام الدين – إذا أوفى أحد المدينين كل الدين انقضت رابطة التضامن ، ويعود الدين منقسمًا بين المدينين إلى حصص متساوية ما لم تعين حصة كل مدين فى العقد أو مالم يوجد نص فى القانون يقضى بغير ذلك .

ويستطيع المدين الذى وفىّ بكل الدين أن يرجع على غيره من المدينين باحدى دعويين .

الأولى : دعوى شخصية – وفيها يرجع المدين الموفى على سائر المدينين المتضامنين بصفته وكيلاً عنهم فى حالة التضامن بالاتفاق ، وبصفته فضوليًا فى حالة التضامن القانونى ، وهذه الدعوى تستند إلى فكرة النيابة التبادلية .

وأهم ميزة لهذه الدعوى هى امكان احتساب الفوائد لما دفع من كل منهم من تاريخ الدفع لا من تاريخ مطالبتهم قضائيًا ، ذلك لأن القانون يعطى الوكيل أو الفضولى الحق فى المطالبة بفوائد المبالغ التى دفعها من يوم الاتفاق .

الثانية : دعوى الحلول – وفيها يحل المدين الموفى بنص القانون محل الدائن فى الرجوع على غيره من المدينين الموفى الرجوع بهذه الدعوى إذا كان الدين مضمونًا بتأمينات خاصة كالرهن ، وذلك لأنه يحل محل الدائن فى هذه التأمينات .

---

(١) الالتزام – للدكتور – حسين النورى – المرجع السابق – ص١٠٣ ، والدكتور حشمت أبو ستيت – ص٥٢٩ .

وسـواء رجع المدين بالدعوى الشـخـصـيـة أو بدعوى الحلول فإنه لا يسـتطيع أن يطالب غـيـره من المدينين المتـضـامنين إلا بقـدر حـصـة كل منهم [1] .

وعليـه ، فللتـضـامن بين المدينين مـصـدران الاتفـاق ونص القـانون (م٢٧٩ مدنى) [2] .

والحـالات التـى نص عليـهـا القـانون المدنى فـى التـضـامن السـلبى واردة على سـبيل الحصـر ، فلا يجوز التوسـع فيها ولا القـياس عليها - ومن بينها المواد ١٦٩ و١٩٢ و٦٥٦ و٧٠٨ و٧١٢ مـدنى . والاتفاق بشأن التضـامن قد يكون صريحـاً وقد يكون ضـمنياً .

وفى المسائل التجـارية فإن التضامن مفـترض ، من ذلك النص على تضـامن الشـركـاء فى شـركـات التضـامن ، وعلى تضـامن الموقـعين على الكمبيالة قبل حامل الكمبيالة .

والتـضـامن السلبى حـالة يـكون فـيـها عـدة مـدينين ملـزمين بدين واحـد ، وكل منهم ملتـزم قـبل الدائن بكل الدين ، فـيسـتطيع الدائن أن يطالب أى مدين مـنهم بجميع الدين كـما يجوز لأى مـدين منهم أن يفى للدائن بـكـل الدين ، فـينقـضـى الدين بالنسـبـة لـه ولجـمـيـع المدينين الآخـرين ، ويكون للمـدين الموفى أن يرجع على بقـيـة المدينين مـعه كـلاً بقدر نصيبه فى الدين .

والتـضامن بين المدينين مـن الناحيـة النظرية وصـفاً اسـتثنائيًا ، إذ الأصل فى حالـة تعدد المدينين ألا يكونوا مـتضـامـنين إلا إذا وجد نص أو اتفاق يقيم حالة التضـامن . وقد طغى الاستثناء من الناحية العملية على الأصـل لأهميته فى العلاقـات المدنيـة والتجاريـة على السـواء لمـا يكفله مـن مـزايا وضـمـان لـلدائنين ، وقـد أصـبح من النادر أن يكـون للدائن مـدينون مـتعـددون فى التـزام واحد دون أن يشـترط تضـامنهـم . وقـد

(١) الالتزام - للدكتور حسين النورى - المرجع السابق - ص١٠٤ .

(٢) فى النظرية العامة للالتزام - ٢ - للدكتور اسماعيل غانم - المرجع السابق ص٣١٥ وما بعدها .

تقوم النصوص القانونية بانشاء حالة التضامن بين المدينين (١) .

والتضامن السلبي كالتضامن الايجابي تقوم على نفس الأسس ، وهي وحدة الالتزام مع تعدد الروابط ، وكفالة متبادلة مصحوبة بمصلحة مشتركة ، تسوغ قيام وكالة هي أيضاً متبادلة فيما ينفع لا فيما يضر .

والتضامن بين المدينين لا يفترض مثله في ذلك مثل التضامن الايجابي .

إلا أن التضامن الايجابي لا مصدر له إلا الاتفاق ، أما التضامن السلبي ، فمصدره قد يكون الاتفاق أو نص في القانون . وكثيراً ما يتولى القانون انشاء التضامن فيما بين المدينين في التزام واحد دون أن يكون لارادة أطراف الالتزام دخل في ذلك (٢) .

وفي مجال القانون المقارن في خصوص التضامن بين المدينين (السلبي) يقول الدكتور منير القاضي(٣) أنه إذا تعدد المدينون في التزام واحد لا يفرض التضامن بينهم ، فكل واحد منهم يستقل بحصته من الدين ، وإنما يكون التضامن بناء على اتفاق أو نص في القانون . ولاحظ القانون (العراقي) في تضامن المدينين ثلاثة أمور : وحدة الدين ، وتعدد روابط المدينين بالدائن ، والوكالة المتبادلة بين المدينين .

فإذا كان المدينون متضامنين ، فكل منهم ملزم بأداء كل الدين على الرغم من قابلية المحل للانقسام ، وللدائن أن يطالب بالدين كله من شاء منهم ، وأن يطالبهم به مجتمعين ومنفردين ، ومطالبته لأحدهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين . وليس للمدين المطالب بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر ، إلا بقدر نصيب هذا المدين إذا كان قد

---

(١) دروس في أحكام الالتزام – للدكتور فتحي عبد الرحيم – المرجع السابق – ص٢٤٥ وما بعدها .

(٢) دروس في أحكام الالتزام – للدكتور فتحي عبد الرحيم – المرجع السابق – ص٢٤٦ .

(٣) محاضرات في القانون المدني العراقي – المرجع السابق – ص٦٦ .

انقضى بوجه من الوجوه كالابقاء به عيناً أو على طريق المقاصة به مع الدائن ، وليس له الاحتجاج بالدفوع الشخصية الخاصة بمدين آخر لنقص في أهليته وعيوب الرضا ، وإنما له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به مطلقًا شخصية كانت أو غير شخصية ، أو المشتركة مع المدينين الآخرين . وإذا وفىّ أحد المدينين بتمامه عيناً أو بطريق الحوالة أو التجديد ، برئت ذمة المدينين جميعاً .

ولكن يشترط لبراءة ذمة الجميع فى تجديد أحد المدينين الدين الا يحتفظ الدائن بحقه قبل الآخرين ، وهذا كله بناء على فكرة وحدة الدين .

وبناء على فكرة تعدد الروابط إذا اتحدت ذمة مع أحد المدينين فإن الدين لا ينقضى بالنسبة للمدينين إلا بقدر حصة ذلك المدين . وكذلك إذا تقاص مع دين أحدهم . وكذلك إذا كانت دعوى الدين قد تحقق فيها التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين فلا يستفيد الباقون من التقادم إلا بقدر هذا المدين . وكذلك إذا أبرأ أحد المدينين من الدين ، فإن الابراء يقتصر على حصته إلا إذا صرح بشمولهم جميعهم ، ولكن إذا أبرأ أحد المدينين من التضامن فقط برئ من المطالبة فقط ، وكان للدائن مطالبة الباقين بجميع الدين . على أن هذا الدين المبرأ لا يتخلص من الاشتراك فى تحمل ما يخص من كان معسراً من المدينين إلا إذا ثبت أن الدائن قد أراد تخليته من المسئولية مطلقًا ، فإن الدائن حينئذ هو الذى يتحمل ما يخص هذا المدين من نصيب المعسر . وكذلك لا يكون المدين المتضامن مسئولاً فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام إلا من فعله ، وإذا أعذر الدائن أحد المدينين أو قاضاه ، فليس لذلك أثر بالنسبة لباقى المدينين .

وبناء على فكرة الوكالة المتبادلة فلكل ما يتصل بأحد المدينين مما يسئ إلى مركز المدينين الباقين فإنه تستبعد فيه هذه الوكالة ، وعليه فلا يستفيد الدائن من وقف التقادم أو انقطاع مدته بالنسبة لبعض المدينين ، فليس له أن يتمسك بذلك قبل الباقين . وكذلك الأمر فى الاعذار والاقرار والصلح واليمين والقضاء بالزام أحد المدينين . وقد قرر القانون هذا المعنى فى المواد ٣٣٠ - ٣٣٣ (مدنى عراقى) . وكل ما

يتصل بأحد المدينين مما يوفر منفعة الباقين منهم . فإن الوكالة المتبادلة تستقرب وتعتبر . وقد نص القانون على أمثلة لذلك في مطاوى المواد ٣٢٩ - ٣٣٣ (مدنى عراقى) .

أما بالنسبة للعلاقة بين المدينين المتضامنين - فالأصل في الدين الذى تضامن فيه المدينون أن ينقسم بينهم بالنسبة المتفق عليها أو المحددة بنص في القانون . إذا قضى الدين أحدهم فله الرجوع على الباقين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه كل بقدر حصته من الدين حتى لو كان القضاء وقع بغير الشئ الواجب أداؤه ، أو بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالهبة والحوالة ، ولكن إذا ثبت أن أحد المدينين هو المدين الأصلى ، وأن الباقين كفلاء فقط ، فهو الذى يتحمل الدين كله قبل الباقين .

وإذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة الاعسار المدين الذى وفىّ الدين ، وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته ، فالتضامن يؤسس علاقة بين الدائن والمدين على الوجه الذى مر تفصيله .

وأما المدينون المتضامنون فالعلاقة فيما بينهم وحدهم إنما هى رجوع بعضهم على بعض فيما ادعى بالنسبة إلى المدينين وفيما قبض بالنسبة إلى الدائنين .

هذا ، ويكون الدين غير منقسم فى حالين :

١- إذا ورد على محل لا يقبل القسمة بطبيعته كتسليم سيارة غرس أو نقل حق لا يقبل الانقسام كحق ارتفاق أو لا يتصور فيه التفريق كالالتزام بالامتناع عن عمل شئ .

٢- إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً كما لو اشترى أحد أرضاً لانشاء مصنع عليها ، وكان البائع يعلم بهذا الباعث ، ففى مثل هذا الالتزام يجب على المدين اداؤه كاملاً للدائن .

فإذا كان الالتزام غير المنقسم على متعددين ، كان كل واحد منهم ملزماً بوفائه كاملاً ، فيعدوّن مدينين وشبه متضامنين ، وللموفى حق

ترجع على الباقين كل بقدر حصته على الوجه الذى مر بيانه آنفًا ، إنما قلنا شبه متضامنين لأن بين التضامن وعدم انقسام الدين فرقاً ، فإن الالتزام إذا استحال إلى تعويض مالى زالت عنه عدم القابلية للانقسام وانقسم مبلغ التعويض ، فكل مدين لا يطالب إلا بحصته من التعويض . أما المدينون المتضامنون فيظل كل مدين فى هذا الفرض ملزمًا قبل الدائن بالدين كله حسب الأحكام التى مر ذكرها (م٣٣٨ مدنى عراقى) .

وإذا كان الدائنون متعددين أو تعدد ورثتهم ، فإن لكل دائن أو وارث لدائن أن يطالب بكل الدين كاملاً ، فإن اعترض أحد الدائنين الباقين أو أحد الورثة على ذلك كان على المدين أن يؤدى الالتزام إلى الدائنين مجتمعين أو أن يودع محل الالتزام على حسب الدائنين ، كأنه يودعه لدى كاتب العدل وبذلك يتخلص من الالتزام .

والتضامن بين المدينين كثير الوقوع فى العمل ، على حين ندرة التضامن بين الدائنين ومضاره .

وأن كلاً من هذين النوعين من التضامن يقوم على أسس واحدة . وحدة الالتزام مع تعدد الروابط ، أو وكالة متبادلة ، لكن فيما ينفع لا فيما يضر .

وفى مصدر التضامن بين المدينين ، المادة ٢٧٩ مدنى أكثر انطباقاً.

ومصدر التضامن يكون إما الاتفاق أو نص القانون .

والتضامن بين المدينين لا يفترض ، وهو الأكثر وقوعاً .

وقد يشترط التضامن فى عقد الدين صراحة ، وقد يستخلص ضمنًا .

وإثبات التضامن يكون كتابة إذا زاد الالتزام على مائة جنيه ، وإلا جاز الإثبات بالبينة والقرائن ، ولا يتعارض الإثبات بالقرائن مع عدم جواز افتراض التضامن .

أما فى المسائل التجارية فإن تضامن المدينين لا يفترض كما هو الحال فى المسائل المدنية باستثناء ما ينص عليه القانون التجارى فى

بعض حالات خاصة من قيام التضامن بين المدينين ، والحالات التى يكون المصدر فيها عملاً غير مشروع ، ومن ثم فلابد من قيام الشرط بالتضامن صريحاً كان أو ضمنيًا ، فإن كان استخلاصه فى المسائل التجارية أمراً يسيراً ، حيث فى المسائل التجارية يكون الإثبات بكافة الطرق بما فيها القرائن .

وإذا قام التضامن على نص فى القانون فليس من الجائز القياس عليه (١) .

---

(١) الوجيز – للدكتور السنهورى والمستشار مصطفى الفقى – المرجع السابق – ص١٠٨٧ .

الفصل الثالث
التضامن الايجابى والسلبى
فى قضاء النقض

ملحوظة :

وردت فى مدخل البحث احكام – فى التضامن – فى التعليق على المواد (فلتراجع) .

١- تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السبى والايجابى منوط بفكرتين هما وحدة الدين وتعدد الروابط ، ومن مقتضى الفكرة الأولى فى التضامن السلبى أن يكون كل من المدينين المتضامنين ملزمًا فى مواجهة الدائن بالدين كاملاً غير منقسم ، وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهم على انفراد أو إليهم مجتمعين ، وإذا وجهها إلى أحدهم ولم يفلح فى استيفاء الدين منه كله أو بعضه ، فله أن يعود بمطالبة المدينين الآخرين أو أى واحد منهم يختاره بما يفى من الدين ، كما أن له إذا ما طالبهم مجتمعين أمام القضاء أن يتنازل عن بعضهم ويحصر مطالبته بجملة الدين فى أحدهم أو بعضهم دون أن يسوغ لهؤلاء أن يطالبوه باستنزال حصة من حصل التنازل عن مطالبته منهم ، ومن مقتضى الفكرة الثانية أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة ومتميزة عن الروابط التى تربط المدينين الآخرين سليمة فإن عيوب رابطة منها لا تتعداها إلى رابطة أخرى ، وإذا زال الالتزام بالنسبة للمدين الذى اعترى رابطته الفساد ، فإن زوال هذا الالتزام لا يمس التزام المدين الآخرين ، فيظل كل واحد منهم ملتزمًا قبل الدائن بالدين بأسره ، ويكون للمدين الذى تعيبت وحده الحق فى التمسك بالعيب الذى شاب رابطته ولا يكون له أن يطالب باستنزال حصة المدين الذى تعيبت رابطته ، فهذه الحصة لا تستنزل مادام العيب قاصراً على رابطة دون غيرها – وكل هذا تطبيق لما نصت عليه المادة ٢٨٥ مدنى (١) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٦١/٣/١٦–مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٣– ص٢٣٤.

٢- متى تنازل المدعى أمام محكمة أول درجة عن طلب التضامن ، فإنه لا يملك العودة إلى طلب التضامن فى الاستئناف ، إذ يعد هذا الطلب طلبًا جديداً لا يجوز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وفقاً لقانون المرافعات (١) .

٣- القول بحق المدين المتضامن فى الرجوع على المدينين الآخرين بما دفعه عنهم ونزع ملكية أرضهم وشرائها بالمزاد لنفسه جهراً أو بواسطة من يوكله أو يسخره عنه خفية . هذا القول محله أن يكون الوفاء من ماله الخاص (٢) .

٤- لا يفترض التضامن ، ولا يؤخذ فيه بالظن ، ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو إلى اتفاق صريح أو ضمنى . وعلى قاضى الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف أفادته هذه العبارات والظروف (٣) .

٥- النيابة التبادلية التى افترضها القانون بين المدينين المتضامنين تقوم فى أحوالها الواردة بالتقنين المدنى الحالى على أن كل مدين يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم (٤) .

٦- إن المادة ١/٣٨٧ من القانون المدنى إذ نصت على أنه : « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين » ، فقد أفادت بذلك أن ابداء الدفع بالتقادم المسقط قاصر على من له مصلحة فيه ، ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا فى حق من تمسك به، وإنه وإن جاز للمدين المتضامن طبقاً للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين ، إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع ، فإن أثره

(١) نقض - جلسة ١٩٦١/٤/٦ - المرجع السابق - ص٣٥٣ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٥٦/٢/٩ - المرجع السابق - السنة ٧ - ص١٦٨ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص١٥٦٨ .
(٤) نقض - جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص١٧٠٥ .

لا يتعدى إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به (١) .

٧- مطالبة المضرور المتبوع بالتعويض مطالبة قضائية وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة للمتبوع ، إلا أنها لا تقطعه بالنسبة للتابع ، وذلك اخذاً بما نصت عليه المادة ٢٩٢ من القانون المدنى من أنه إذا انقطعت مدة التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين ، فمن باب أولى لا يكون لقطع التقادم بالنسبة للكفيل ولو كان متضامناً مع المدين الأصلى أثر بالنسبة إلى هذا الدين (٢) .

٨- نصت المادة ٢٩٦ من القانون المدنى على أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ، ومقتضى ذلك أنه حتى فيما بين المدينين المتضامنين أنفسهم لا يعتبر الحكم الصادر ضد أحدهم حجة على باقيهم ، ومن باب أولى لا يكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين (٣) .

٩- لئن كان طلب الحكم بالتضامن يعتبر طلبًا جديداً لا يجوز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف تطبيقاً لقانون المرافعات ، إلا أن النعى بشأنه غير منتج ، ولا يحقق للطاعنين سوى مصلحة نظرية صرف ، لأن الحكم المطعون فيه انتهى إلى رفض هذا الطلب ولا تعود عليها اية فائدة (٤) .

١٠- إذ طلب الدائن دينه بدعواه على المدينين المتضامنين مجتمعين، وصدر فيها الحكم لصالحه ، فإن الاستئناف المرفوع من المحكوم عليهم بالتضامن لا يتعدد بتعددهم ، والحكم الصادر برفض هذه الاستئنافات وتأييد الحكم الابتدائى إنما هو بمثابة حكم جديد بذات حق الدائن الذى لا يتعدد بتعدد المسئولين عن الالتزام التضامنى بل

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٨/٤/٢ - المرجع السابق - السنة ١٩ ص٦٩١ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ - المرجع السابق - السنة ٢٠ ص١٩٩ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ - المرجع السابق - السنة ١٩ ص٣٢٧ .

(٤) نقض - جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ - المرجع السابق - السنة ٢٨ - ص١١٥٨ .

يقوم على وحدة المحل ، كما يقوم المدينون المتضامنون بعضهم مقام البعض فى الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفاع المشتركة بينهم جميعاً ، وينصب استئناف كل منهم على نفس الحكم ، ويستحق بالنسبة لها رسم واحد (١) .

١١- تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلبى والايجابى منوط بفكرتين هما : وحدة الدين ، وتعدد الروابط . ومن مقتضى الفكرة الأولى فى التضامن السلبى أن يكون كل من المدينين والمتضامنين ملتزماً فى مواجهة الدائن بالدائن كاملاً غير منقسم ، وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهم على انفراد أو إليهم مجتمعين ، وإذا وجهها إلى أحدهم ولم يفلح فى استيفاء الدين منه كله أو بعضه ، فله أن يعود لمطالبة المدينين الآخرين وأى واحد منهم يختاره ، وما بقى من الدين ، كما أن له إذا ما طالبهم مجتمعين أمام القضاء أن يتنازل عن بعضهم دون أن يسوغ لهؤلاء أن يطالبوه باستنزال حصة من حصل التنازل عن مطالبته منهم .

ومن مقتضى الفكرة الثانية أن كل مدين تربطه بالدائنين رابطة مستقلة ومتميزة عن الروابط التى تربط المدينين الآخرين بهذا الدائن ، فإذا شابت رابطة أحد المدينين المتضامنين بالدائن عيوب خاصة بها مع بقاء الروابط الأخرى منها التى تربط هذا الدائن بالمدينين الآخرين سليمة ، فإن عيوب رابطة منها لا تتعداها إلى رابطة أخرى . وإذا زال الالتزام بالنسبة للمدين الذى اعترى رابطته الفساد ، فإن زوال هذا الالتزام لا يمس التزام المدينين الآخرين ، فيظل كل واحد منهم ملتزماً قبل الدائن بالدين بأسره ، ويكون للمدين الذى تعيبت رابطته وحده الحق فى التمسك بالعيب الذى شاب رابطته ، ولا يكون له أن يطالب باستنزال حصة المدين الذى تعيبت رابطته فهذه الحصة لا تستنزل مادام العيب قاصراً على رابطة دون غيرها ، وكل هذا تطبيق لما نصت عليه المادة ٢٨٥ من القانون المدنى (٢) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ – المرجع السابق – السنة ٢٢ ص٥٤٩ .
(٢) نقض – جلسة ١٩٦١/٣/١٦ – المرجع السابق – السنة ١٢ – ص٢٣٤ .

١٢- إن التضامن المنصوص عليه فى المادة ٥٩ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ المعدل بالقانون ١٣٧ لسنة ١٩٤٨ مقصور على طرفى التنازل وحدهما ، ولا يتعداها إلى المتنازلين والمتنازل إليهم المتعاقبين . وإذا كان التضامن لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ، وقد التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (١) .

١٣- لا ينال التضامن - على ما جرى عليه قضاء النقض - من استقلال كل من المتضامنين عن الآخر فى الخصومة وفى الطعن فى الحكم الصادر فيها (٢) .

١٤- العبرة فى تحديد طلبات الخصم هى بما يطلب الحكم له به - وإذا كانت الشركة المطعون عليها الأولى لم تطلب الحكم على الطاعن والمطعون ضده الثانى بالتضامن وإنما أشارت فى صحيفة افتتاح الدعوى إلى أن مسئوليتها تضامنيه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى رغم ذلك بالتضامن تأسيساً على أن المطعون عليها الأولى طلبت الحكم به فى صلب الصحيفة ، ويكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه (٣) .

١٥- الدفع ببطلان تضامن الكفيل مع المدين فى الوفاء بالدين المطالب به لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (٤) .

١٦- التزام الكفيل متضامناً كان أو غير متضامن هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلى ، وذلك على خلاف المدين المتضامن مع مدينين آخرين ، فإنه يلتزم التزاماً أصلياً مع سائر المدينين (٥) .

١٧- الشريك المتضامن يسأل فى أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة فيكون مديناً متضامناً مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٣/٦/١٩ - المرجع السابق - السنة ١٤ ص٨٣٤ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ - المرجع السابق - السنة ٢٣ ص٩٣٣ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٧٤/٢/٢١ - المرجع السابق - السنة ٢٥ ص٣٨٩ .
(٤) نقض - جلسة ١٩٧٤/٦/١٦ - المرجع السابق - ص١٠٨٢ .
(٥) نقض - جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ - المرجع السابق - السنة ٢٧ - ص٦٣٧ .

ثابتاً فى ذمة الشركة وحدها ومن ثم يكون للدائن مطالبته على حده بكل الدين (١) .

١٨- مؤدى نص المادة ٣٠٠ من القانون المدنى أن الأصل فى حالة تعدد الدائنين دون تضامن أن الالتزام ينقسم عليهم بحكم القانون كل بالقدر المتفق عليه أو بالقدر الذى يعينه القانون ، ولا يستطيع كل دائن أن يطالب المدين إلا بنصيبه أو يطلب الفسخ لعدم الوفاء بنصيب غيره إلا إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى عدم تجزئة الصفقة (٢) .

١٩- الالتزام بالتضامن فى حكم الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ من قانون المرفعات يقصد به التضامن بين المدينين ، كما أن العبرة بالحكم فعلاً بالتضامن . أما إذا كان المدعى قد طلب الحكم به ولم تستجب المحكمة له فعلاً يتحقق موجب الاستثناء المقرر فى الفقرة المشار إليه ، كما لا يجوز القياس ، وتبقى القاعدة المقننة فى الفقرة الأولى من تلك المادة من أنه إذا تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم ، جاز رفع الطعن من أو ضد البعض دون حاجة إلى ادخال الآخرين ، ولا يفيد من الطعن إلا من رفعه ، ويعتبر الآخرون غير خصوم فى الطعن ، ولا يجوز ادخالهم بعد مضى ميعاد الطعن ، ولا يجوز الاحتجاج منهم أو ضدهم بالحكم الصادر فى الطعن (٣) .

٢٠- النص فى المادة ٢٧٩ من التقنين المدنى على أن (التضامن بين الدائنين والمدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون) ، والنص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ من ذات القانون على أن (يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ...) يدل على أن التضامن لا يفترض ، ويكون مصدره الاتفاق أو نص القانون ، وأن كلاً من المدينين المتضامنين ملتزم فى مواجهة الدائن بالدين كاملاً غير منقسم وللدائن أن يوجه

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٦/٦/٧ - المرجع السابق - ص١٢٨٥.
(٢) نقض - جلسة ١٩٨٢/٤/١٦ - المرجع السابق - السنة ٣٢ ص١١٤٤ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٨١/١١/١٢ - المرجع السابق - ص٢٠٣١ .

مطالبته إلى من يختاره منهم على انفراد أو إليهم مجتمعين (١) .

٢١- التضامن - وعلى ما جرى به قضاء النقض - لا ينال من استقلال كل من المتضامنين عن الآخر فى الخصومة ، وفى الطعن فى الحكم الصادر فيها (٢) .

٢٢- التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو إلى اتفاق صريح أو ضمنى . وإذا كانت المادة ١٦٩ من التقنين المدنى تقضى بتضامن كل المسئولين عن العمل الضار فى التزامهم بتعويض الضرر ، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون الضرر المطلوب التعويض عنه هو ذات الضرر الذى أسهم خطأ المسئولين فى احداثه دون أن يكون فى الوسع تعيين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم أو تحديد نسبة مساهمة كل منهم فى احداثه (٣) .

٢٣- فى غير حالات التضامن وعدم التجزئة لا يقبل النعى على الحكم بالنسبة لما قضى به فى دفع غير متعلق بالنظام العام لم يتمسك به الطاعن أمام محكمة الموضوع وإنما تمسك به خصم غيره (٤) .

٢٤- مفاد نص المادة ٢٩٦ من القانون المدنى أن التضامن - وعلى ما جرى به قضاء النقض - لا ينال من استقلال كل من المتضامنين عن الآخر فى الخصومة وفى الطعن فى الحكم الصادر فيها ، ولا مجال فى هذا الوضع للقول بنيابة المسئولين بالتزام تضامنى عن بعضهم البعض فى اجراءات الخصومة واعتبار الاستئناف المرفوع من أحدهم بمثابة استئناف مرفوع من الآخر (٥) .

٢٥- من المقرر عملاً بالمادة ٢٧٩ من القانون المدنى أن التضامن لا يفترض ، ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو اتفاق صريح أو

---

(١) نقض - جلسة ١٩٨٢/٤/١٢ - المرجع السابق - السنة ٣٣ ص٣٩٠.
(٢) نقض - جلسة ١٩٨٢/٤/٢٦ - المرجع السابق - ص٤٤٢ .
(٣) نقض - جلسة ١٩٨٢/٦/١٥ - المرجع السابق - ص٧٥٧ .
(٤) نقض - جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤ - المرجع السابق - السنة ٣٤ ص٧٦٣.
(٥) نقض - جلسة ١٩٨٣/١٢/٨ - المرجع السابق - ص١٧٧٩.

ضمنى ، وعلى قاضى الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف أفادته هذه العبارات والظروف (١) .

٢٦- مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٢٨١ من القانون المدنى أنه يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أو منفردين مطالبة المدين بالوفاء (٢) .

٢٧- المقرر أنه إذا عين العقد المنشئ للالتزام المتعدد فى طرفيه نصيب كل من الدائنين أو المدينين ولم ينص على التضامن بين هؤلاء أو أولئك ، فإن الالتزام يكون قابلاً للانقسام عليهم بحسب أنصبتهم التى عينها العقد – ولما كانت الخصمة الثالثة لم يصدر منها بيع فإنه يتعين مقدار نصيبها من حصص المشترين حصص جميعاً . دون الزام البائعين اللذين وافقا على البيع بتعويض المطعون ضدهم عن المقدار المستبعد عيناً ، طالما كان الالتزام بالبيع قابلاً للانقسام ، ولا يغير من هذا النظر القول باتساع ملكية البائعين بما يفى بالمساحة التى انصب عليها كاملة لما فى الأخذ به من خروج على أحكام قابلية الالتزام المتعدد طرفيه للانقسام وافتراض قيام تضامن بين البائعين فى التزامهم بالبيع وتنفيذه تنفيذاً عينيًا ، خلافاً لما هو مقرر من أن التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن ، ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو إلى الاتفاق . وإذ خالف الحكم هذا النص فإنه يكون معيبًا بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب (٣) .

٢٨- تضامن الطاعنين قبل المطعون ضده فى تنفيذ الالتزامات المترتبة على القضاء بفسخ عقد البيع بالنسبة للمساحة موضوع النزاع من شأنه أن يجعل موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، ولا يحتمل الفصل فيه غير حل واحد بالنسبة للطاعنين جميعاً ، إذ لا يتصور أن تكون هذه الالتزامات سارية فى حق البعض بحكم نهائى دون البعض

(١) نقض – جلسة ١٩٨٥/٣/٢٥ – المرجع السابق – السنة ٣٦ – ص٤٨٤ .
(٢) نقض – جلسة ١٩٨٧/١١/٢٢ – الطعن ١٥٧٩ لسنة ٥٢ق .
(٣) نقض – جلسة ١٩٩٠/٢/٨ – لطعن ٥٢٠ السنة ٥٧ق .

الآخـر ، ممـا مـؤداه أن نقـض الحكـم بـالنسبـة لـلمطعـون ضـدهـم ثـانـيًا وثالثًـا وسـادسًا وتـاسـعًا يستتبع نقـضـه بالنسبـة لبـاقـى الطـاعنين (١) .

٢٩- التضامن لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ، ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القـانون أو اتفـاق صـريح أو ضـمنى . ويتـعين على الحكم الذى يرتب المسـئولية التضـامنية أن يبين فى غـيـر غـمـوض الأسـاس الذى استند إليه فى ذلك ، فالحكم الذى يلزم جميع المحكوم عليهم بالتضامن دون أن يبين سنده فى ذلك يكون خاطئًا لقصور أسبابه (٢) .

٣٠- بما أن التـزام المطعـون عليـهم من الثـالث إلى الأخـيـر مع الطاعنين قبل المطعون عليهما الأول والثانى هو التزام بالتـضامن ، فإن نقض الحكم لصالح الطاعنين يستتبع نقضه بالنسبة للمطعون عليهم من الثالث إلى الأخير ولو لم يطعنوا فيه (٣) .

٣١- إذا اسـتند المطعـون ضـده الأول فـى طلبـاته قـبل الـطاعن إلى أحكام المسئولية التقصيرية باعتباره مرتكب الفعل الضار ، واستند فى طلباته الموجهة إلى المطعون ضـده الأخير إلى وثيـقة الـتأمين ، فـيكون مـصدر التـزام كل منهـما مـختلفًا عن مـصدر التـزام الآخـر ، ويكونان مـتـضـامنين فى أداء التـعـويض ، ويتـرتب عليه مـتى تحـقـقت شـروط مسـئولية كل منهمـا – وعلى ما جرى به قـضاء النقض – أن يكون كل منهـمـا مـسـئولاً عن كل الدين ، ويسـتطيع الـدائن التنفـيـذ به كله قـبل أيهما ، ويتوقف رجوع من يوفى منهـما بكامل الدين على الآخر على ما قد يكون بينهما من علاقة (٤) .

٣٢- الكفـيل المتضـامن يعـتبر فى حكم المدين المتضـامن ، للدائن مطالبته وحده بكل الدين دون التزام بالرجـوع أولاً على المدين الأصـلى

---

(١) نقض – جلسة ١٩٩١/١/٣ – الطعن ١٣١٠ لسنة ٥٧ق .
(٢) نقض – جلسة ١٩٩١/٤/٢٨ – الطعن ٦٦٨ لسنة ٦٠ق .
(٣) نقض – جلسة ١٩٩١/٤/٢٨ – الطعن ٦٤١ لسنة ٦٠ق .
(٤) نقض – جلسة ١٩٩١/٥/٩ – الطعن ١٩١٤ لسنة ٥٦ق .

أو حتى مجرد اختصاصه فى دعواه بمطالبة ذلك الكفيل بكل الدين (١) .

٣٣- يفترق التضامن السلبى أى التضامن بين المدينين عن الكفالة فى أن التزام الكفيل ولو كان متضامناً هو التزام تبعى أى يتبع التزام الأصيل ، ومن ثم ينقضى حتمًا بانقضاء التزام الأصيل أو ابطاله أو نسخه ، فى حين أن انقضاء أو ابطال أو فسخ التزام أحد المدينين المتضامنين قد يرجع إلى سبب خاص به ، فلا يؤثر فى التزام باقى المدينين (٢) .

---

(١) نقض – جلسة ١٩٩٥/١/٢٩ – الطعن ٥٠٨٣ لسنة ٦٣ق .
(٢) فى النظرية العامة للالتزام – الدكتور اسماعيل غانم – بند ١٥٧ – الهامش .

الباب الثانى
التضـــامم

تقسيم :

نتناول التضامم – فى القانون المدنى – فى فصلين :

الفصل الأول – التضامم فى الفقه .

الفصل الثانى – التضامم فى قضاء النقض .

وذلك على النهج التالى .

الفصل الأول

التضامم فى الفقه

الأثر الرئيسى للتضامن هو منع انقسام الالتزام ، إلا أن ذلك قاصر على علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين . أما فى علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض ، فإن الدين ينقسم عليهم .

وحتى فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين إذا كانت القاعدة هى وحدة الدين بمعنى أن هناك موضوعًا واحدًا لالتزام المدينين المتضامنين ، وأن كلاً منهم قد التزم بالدين كله . فإن هذا لا ينفى أن هناك عدة مدينين قد يختلف مركز كل منهم ازاء الدائنين عن مركز الآخر ، فكل من المدينين المتضامنين قد التزم بالدين بناء على ارتباط قانونى خاص به ، واتفاق هذه الروابط المتعددة من حيث الموضوع لا ينفى استقلال كل منهما عن الأخرى ، ولهذا الاستقلال مظاهر متعددة ، أى أن وحدة الدين تقترن بتعدد الروابط . وهاتان هما الخصيصتان المميزتان للالتزام التضامنى ، وهما الفكرتان الجوهريتان اللتان تحكمان آثار التضامن فيما بين الدائن والمدينين المتضامنين . بالاضافة إلى فكرة ثالثة اقام عليها المشرع عدة قواعد متفرقة هى فكرة النيابة التبادلية بين وقد جرى الشراح (١) على التفرقة بين آثار فكرتى وحدة الدين وتعدد الروابط من ناحية ، وآثار فكرة النيابة التبادلية من ناحية أخرى ، فيرون فى الأولى آثار جوهرية لا يتصور التضامن بدونها . أما الثانية فليست سوى آثار ثانوية تحررها المشرع دون أن تقوم على أساس من جوهر التضامن ذاته .

هذه الآثار الثانوية هى التى تفرق بين الالتزام التضامنى

---

(١) فى النظرية العامة للالتزام - جزء ٢ - للدكتور اسماعيل غانم - طبعة ١٩٦٧ - ص٣١٦ وما بعدها .

Obligatiou Solidaire والأحوال التى يكون فيها عدة أشخاص مسئولين عن دين واحد لأسباب مختلفة دون تضامن بينهم ، وهذه هى المسئولية المجتمعة Obligatio in Solidum أو كما يسميه الأستاذ السنهورى (الالتزام التضامنى) ، ومثلها حالة ما إذا اجتمعت مسئولية المدين عن الاخلال بالتزامه التعاقدى مسئولية شخص من الغير ارتكب خطأ تقصيرياً ساهم فى احداث الضرر بالدائن . كما لو أخل عامل بتعهده مع صاحب المصنع ، فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، فيكون كل منهما مسئولاً عن تعويض الضرر الذى أصاب صاحب المصنع الأول تعويضًا كاملاً . فالعامل مسئول عن تعويض كامل على أساس الخطأ العقدى ، وصاحب المصنع المنافس مسئول عن تعويض كامل على أساس الخطأ التقصيرى ، فتكون هناك مسئولية مجتمعة عن دين واحد (١) .

أما إذا كانت أخطاء المسئولين جميعًا أخطاء تقصيرية فإن مسئوليتهم عن تعويض الضرر فى القانون المصرى مسئولية تضامنية بصريح نص المادة ١٦٩ مدنى (٢) .

وتظهر أهمية التفرقة بين المسئولين المسئولية المجتمعة فى أنه لا توجد نيابة تبادلية بين المسئولين مسئولية مجتمعة ، فلا تنطبق عليهم الأحكام المبنية على هذه النيابة والتى نص عليها المشرع بصدد التضامن .

إن كلاً من المشتركين فى الخطأ يسأل قبل المضرور عن دين التعويض كله استناداً إلى المسئولية المجتمعة أو التضامم ، ذلك لأن القانون الفرنسى لم يورد نصاً صريحًا يقرر التضامن بين المسئولين تقصيرياً مثلما جاء به نص المادة ١٦٩ مدنى مصرى .

---

(١) د. اسماعيل غانم – المرجع السابق – ص٣٦٧ – هامش ١ و٢ ، وأنظر Francais فى : التفرقة بين الالتزام التضامنى والمسئولية المجتمعة – رسالة – باريس – ١٩٣٦ .

(٢) أنظر فى هذا الصدد : الوسيط – جزء ١ – للدكتور السنهورى – فقرة ٦٢٠ – ص١٠٥٢ وهامش ص١٠٥٣ ، وعن حالات المسئولية المجتمعة .

وليس بناء على المسئولية التضامنية ، وتظهر أهمية ذلك من حيث أن آثار التضامن المترتبة على النيابة التبادلية بين المدينين لا تسرى فى مجال المسئولية بالتضامم .

على أنه يبقى مـاثلاً أننا نعنى (١) معالجة المسئولية التقصيرية الحكم الوارد فى القانون المدنى المصرى ، بينما تكون المسئولية فى فرنسا بالتضامم .

وبالنسبة لمعالجة مسئولية المشتركين فى الخطأ فى مواجهة المضرور ، حيث أنه بالنسبة لعلاقة المدينين فيما بينهم ، فقد استقر الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا على أنه يجوز للمدعى عليه الذى وفىّ بحق المضرور كاملاً أن يرجع على غيره من شركائه فى المسئولية لاسترداد نصيب كل منهم فى دين التعويض حيث يقدر بناء على درجة جسامة خطأ كل منهم . وإذا تعذر على القاضى تقدير ذلك فتكون المسئولية بالتساوى .

إن طرفى الالتزام التضامنى هما المضرور من ناحية باعتباره دائناً ، والمسئولون المتعددون من ناحية أخرى باعتبارهم المدينين بهذا الالتزام .

إن مقتضى التضامن التزام كل من المسئولين عن دين التعويض كله ، وعلى ذلك يجوز للمضرور أن يرجع على أن من المسئولين بحقه كاملاً فى التعويض ، ولا يلزم بالتالى أن يرفع دعواه عليهم جميعاً ، فله أن يختار من يرفع عليه دعواه من المسئولين .

عليه (المضرور) فقط أن يثبت خطأ المدعى عليه دون حاجة لإثبات عناصر المسئولية بالنسبة لمسئول آخر .

إن الأساس القانونى لمسئولية العاقد والغير تضامناً يقوم على المسئولية التقصيرية ، حيث أنه يشترط لتطبيق قواعد المسئولية

---

(١) الالتزام التضامنى – للدكتور أحمد شوقى عبد الرحمن – طبعة ١٩٨٠ – ص٥ وما بعدها .

العقدية وحدة العقد الذى يربط بين كل من المدينين بالدائن وعلى ذلك تطبق قواعد المسئولية التقصيرية التى توجب التضامن إذا كان التزام المدينين لا ينبع من رابطة عقدية واحدة ، حتى ولو كان كل منهم طرفاً فى عقود مختلفة قبل نفس الدائن .

ويرى أستاذنا السنهورى أن مسئولية العاقد تكون عقدية ، ومسئولية الغير تكون تقصيرية . وهذه ليست مسئولية بالتضامن بل مسئولية بالتضامم (١) .

ويرد على ذلك أنه طالما انتفى الشرط الخاص بوحدة العقد الذى يربط بين المسئولين بالمضرور فإنه تطبق فى هذه الحالة قواعد المسئولية التقصيرية (٢) .

وإذا كان الالتزام التضامنى متعدد الروابط ، ولكنه موحد المحل ، فإنه أيضاً موحد المصدر . ولكن قد يتعدد مصدر الالتزام مع بقاء محله واحداً . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ مدنى . وهنا الروابط متعددة والمصدر متعدد والمحل واحد ، فلا يكون الكفلاء ملزمين بطريق التضامن ، لأن التضامن يقتضى وحدة المصدر ، ولكن لما كان كل منهم ملزماً بنفس الدين فقد تضامت ذممهم جميعاً فى هذا الدين الواحد دون تضامن ، والالتزام يكون التزاماً تضامميًا وليس التزاماً تضامنياً .

ومن أمثلة التضامم أن يختص الحاجز بالمدين المحجوز عليه ، حيث تتضامم ذمة المحجوز لديه وذمة المحجوز عليه فى الوفاء بدين الحاجز .

ولأنه فى الالتزام التضاممى يكون كل من المدينين مديناً بنفس الدين وبكل الدين ، فيترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن يطالب أى

---

(١) الدكتور أحمد شوقى عبد الرحمن – المرجع السابق – ص٤٨ وما بعدها ، والوسيط – ١ – للدكتور السنهورى – ص١٠٥٢ ، والمستشار حسين عامر – فقرة ٤٤٩ .

(٢) الالتزام التضامنى – للدكتور أحمد شوقى عبد الرحمن – المرجع السابق – ص٤٩ وما بعدها .

مدين منهم بكل الدين ، وإذا هو استوفاه من أحدهم برئت ذمة الآخرين ، كذلك يستطيع أى مدين منهم أن يوفى الدائن بكل الدين ، فتبرأ بذلك ذمة الآخرين . أما فيما يتعلق برجوع المدينين المتضامنين بعضهم على بعض ، فذلك يتوقف على ما بينهم من علاقة ، كما أنه فى الالتزام التضامنى حيث لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين المتضامنين ، فإنه لا محل الآن يمثل كل مدين متضامن لآخرين ، لا فيما ينفعهم ولا فيما يضرهم (١) .

والتضامن بين المدينين كالتضامن بين الدائنين يجعل الالتزام متعدد الروابط ، ولكنه يوحد المحل .

وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك المتضامن يسأل فى أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة ، فيكون مديناً متضامناً ، ولو كان الدين محل المطالبة ثابتاً فى ذمة الشركة وحدها ، ومن ثم يكون للدائن مطالبته على حدة بكل الدين (٢) .

فتعدد المدينين من شأنه أن يجعل الروابط متعددة ، ويرتبط الدائن بكل مدين بموجب رابطة مستقلة عن الروابط التى تربطه بالمدينين الآخرين .

ونتائج التعدد فى روابط المدينين بالدائن فى التضامن السلبى هى نفس النتائج فى التضامن الايجابى .

فالالتزام التضامنى متعدد الروابط موحد المحل موحد المصدر .

وأخذاً بما ورد بنص الفقرة الثانية من المادة ٧٩٢ من القانون المدنى ، هنا وجد كفلاء متعددون ، وكل منهم قد التزم فى عقد مستقل بكفالة دين واحد ، فمصدر التزام كل كفيل متعدد إذا التزم الكفلاء المتعددون بالدائن هى أيضاً روابط إذا كل كفيل منهم تربطه بالدائن

---

(١) الأستاذ عبد المنعم حسنى – الموجز فى النظرية العامة للالتزام – المرجع السابق – ص٢٠٨ وما بعدها .

(٢) نقض –جلسة ١٩٧٦/٦/٧ –مجموعة المكتب الفنى– السنة ٢٧ – ص١٢٨٥ .

رابطة مستقلة ، ولكن الدين الذى التزم كل بأدائه هو دين موحد المصدر إذن متعدد والروابط متعددة والمحل واحد ، فلا يكون هؤلاء الكفلاء ملتزمين بطريق التضامن ، لأن التضامن يقتضى أن يكون المصدر واحداً لا متعدداً . ولكن لما كان كل منهم ملزماً بنفس الدين ، فقد تضامت ذممهم جميعاً فى هذا الدين الواحد دون أن تتضامن ، فالالتزام يكون التزاماً تضاممياً لا التزاماً تضامنياً .

والذى يميز الالتزام التضاممى عن الالتزام التضامنى . أن المدينين المتضامنين فى الالتزام التضاممى لا تجمعهم وحدة المصلحة المشتركة كما تجمع المدينين المتضامنين فى الالتزام التضامنى ، ذلك أن التضامن يقتضى وحدة المصدر ، ووحدة المصدر هذه هى التى تفترض وجود المصلحة المشتركة بين المدينين . أما فى الالتزام التضاممى فالمصدر متعدد فلا محل اذن لافتراض وجود مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامين .

وقد قضت محكمة النقض (١) أنه إذا كان الحكم قد اعتبر شركة التأمين الطاعنة ملتزمة بالتعويض بموجب عقد التأمين ، بينما الشركة المطعون ضدها الثانية ملزمة به نتيجة الفعل الضار ، فانهما يكونان ملتزمين بدين واحد له مصدران مختلفان ، ومن ثم تتضامم ذمتهما فى هذا الدين دون أن تتضامن ، إذ أن الالتزام التضامنى يقتضى وحدة المصدر .

وقضت أيضاً (٢) أن مقتضى التضامم نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً ، أنه يجوز للدائن أن يطالب اى مدين بكل الدين ، ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ، ولأنه إنما دفع عن نفسه .

وللتمييز بين التضامن والتضامم اهمية كبيرة فى تعيين الآثار التى تترتب على التضامم فى الالتزام ، وتلك التى تترتب على التضامن فيه.

---

(١) نقض - جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص٣٢٩ .
(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص١٧١٧ .

أما الآثار التى تترتب على التضامم فتقتصر على ما تقتضيه طبيعة الموقف ، إذ كل من المدينين مدين بنفس الدين وبكل الدين ، فيترتب على ذلك بداهة أن الدائن يستطيع أن يطالب أى مدين منهم بكل الدين ، وإذا هو ليستوفاه من أحدهم برئت ذمة الآخرين ، كذلك يستطيع أى مدين منهم أن يوفى الدائن كل الدين ، فتبرأ بذلك ذمة الآخرين .

أما فيما يتعلق برجوع المدينين المتضامنين بعضهم على بعض ، فهذا يتوقف على ما بينهم من علاقة ، فالكفلاء الذين كانوا مديناً واحداً بعقود متوالية ، إذا وفىّ أحدهم الدين كله للدائن برئت ذمة الكفلاء الآخرين من هذا الدين نحو الدائن ، ولكن يجوز للكفيل الذى دفع الدين أن يرجع بدعوى الحلول عليهم ليطالب كلاً منهم بحصته فى الدين ، كما يجوز له أن يرجع بكل الدين على المدين الأصلى ، والآثار التى تترتب على التضامن فى الالتزام حيث يفترض وجود المصلحة المشتركة ما بين المدينين المتضامنين أبعد مدى من ذلك ، فلا يقتصر الأمر فى الالتزام التضامنى على ما تقدم ، بل أن المصلحة المشتركة تبرر مبدءاً أساسياً فى التضامن يقتضى بأن كل مدين متضامن يمثل المدينين الآخرين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم ، ولولا وجود هذه المصلحة المشتركة لما كان هناك محل لتمثيل المدينين الآخرين لا فيما يضر ولا فيما ينفع . ومن أجل ذلك لا يقوم هذا التمثيل فى الالتزام التضاممى حتى فيما ينفع ، إذ لا توجد مصلحة مشتركة ما بين المدينين ، فإذا أعذر أحد الكفلاء المتوالين الدائن لم يكن الدائن معذراً بالنسبة الكفلاء الآخرين، فإذا صدر حكم لمصلحة أحد هؤلاء لم يستفد منه الباقون ، وقل مثل ذلك فى سائر الآثار التى تدعى بالآثار الثانوية .

ونورد (١) أمثلة أخرى للالتزام التضاممى :

١- فى الدعاوى المباشرة نجد للدائن مدينين يرجع على أى منهما بنفس الدين ، فالمؤجر يستطيع أن يرجع بالأجرة على كل من المستأجر

(١) الوجيز – للدكتور السنهورى والمستشار مصطفى الفقى – طبعة ٢ – ١٩٩٧ – ص١٠٩٢ وما بعدها .

الأصلى بموجب عقد الايجار الأصلى والمستأجر من الباطن بموجب عقد الايجار من الباطن ، وهو يعطى للمؤجر دعوى مباشرة بالأجرة بموجب نص فى القانون ، متعدد المصدر وكان الالتزام تضامميًا لا تضامنيًا .

٢- تعاقد عامل فنى مع صاحب مصنع وأخل بتعهده بأن خرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع منافس بتحريض من صاحبه ، وكان العامل الفنى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معًا أمام صاحب المصنع الأول ، العامل الفنى بموجب المسئولية العقدية ، وصاحب المصنع المنافس بموجب المسئولية التقصيرية ، فتعدد مصدر الالتزام ، وكانت المسئولية بالتضامم لا بالتضامن .

٣- وفى كل حالة يكون فيها شخصان مسئولين عن دين واحد لسببين مختلفين تكون مسئوليتهما عن هذا الدين مسئولية تضاممية .

٤- ومثل ذلك – أيضًا – أن يبيع المقترض عينًا ، ويشترط على المشترى أن يدفع الدين للمقرض ، فهنا يوجد شخصان مسئولان عن وفاء القرض : المقترض وسبب مسئوليته عقد القرض ، والمشترى وسبب مسئوليته عقد البيع بما يشتمل عليه من اشتراط لمصلحة الغير ، فتعدد المصدر ، ووجد التضامم دون التضامن (١) .

(١) الوجيز – المرجع السابق – ص١٠٩٢ وما بعدها .

الفصـل الثانى
التضامم فى قضاء النقض

١- متى كان الحكم قد اعتبر الطاعنة . بمقتضى الاقرار الموقع منها والذى تعهدت فيه بسداد جميع دين البنك قبل زوجها مدينة منضمة إلى زوجها المدين الأصلى ، ورتب على ذلك جواز مطالبة البنك الدائن لأى منهما بكل الدين ، فإن هذا الذى قرره الحكم لاخطأ فيه ، إذ ليس فى القانون ما يمنع من مسئولية مدينين متعددين عن دين واحد ، فيكون هؤلاء المدينون متضامنين فى هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم ، ويكون كل منهما مسئولاً عن كل الدين ، ويستطيع الدائن التنفيذ به كله قبل أيهما (١) .

٢- مقتضى التضامم نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً، انه يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين ، ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ، ولأنه إنما دفع عن نفسه (٢).

٣- التزام كل متهم بتعويض الضرر سواء كان خطأ ثابتاً أو خطأ مفترضاً ، تعدد مصدر الالتزام بالتعويض بأن كان أحد الخطأين عقدياً والآخر تقصيرياً ، مؤداه أن تتضامم ذمتهما فى هذا الدين دون أن تتضامن (٣) .

٤- إذ كان الثابت فى الدعوى أن المطعون ضده الثانى أقام دعواه أمام محكمة أول درجة ضد المطعون ضده الأول بطلب فسخ العقد المحرر بينهما والزامه برد مقدم الثمن الذى قبضه بالاضافة إلى مبلغ ...

---

(١) نقض -جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ -مجموعة المكتب الفنى- السنة ١٩ - ص٥٦٩ .

(٢) نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص١٧١٧ ، ونقض جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ - المرجع السابق - السنة ١٧ ص٣٢٩ .

(٣) نقض - جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥ - الطعن ٢٠٢٠ لسنة ٥٦ق .

كتعويض له عـن الكسب الذى فاته من جراء عدم تنفيذ العقد المش! إليه ، ثم اختصم الطاعنين بصفتهما والمطعون ضدها الثالثة بمقتض صحيفة طلب فيها الزامهم مع المطعون ضده الأول بمقدم الثمر والتعويض المطالب بهما ، بطريق التضامن والتضامم ، فإن الحكم المطعون فيه إذ حصل هذه الطلبات بأنها دعوى ضمان فرعية ، ورتب على ذلك الزامهم بما قضى به على المطعون ضده الأول ، يكون قد أخطأ فهم الواقع فى الدعوى بما ترتب عليه الخروج بها على نطاقها المطروح على المحكمة ومخالفة القانون (١) .

٥- معنى التضامم نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً ، أنه يجوز للدائن أن يطالب كل مدين بكل الدين ، ولا يجوز للمدين الذى دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ، ولأنه إنما دفع عن نفسه . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن مسئولية الطاعن تستند إلى مسئوليته عن فعل الغير المقررة بنص المادة ١٧٤ من القانون المدنى ، ومن ثم يكون مسئولاً عن تابعه (السائق) عن تعويض الضرر بالتضامم معه . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وقضى بالزامهما بالتعويض بالتضامم مع اختلاف الأثر القانونى المترتب على كل منهما على النحو السالف ايضاحه ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه جزئياً فى هذا الخصوص (٢) .

٦- أن القانون قد أجاز للمضرور- أو ورثته – الرجوع على المتبوع لاقتضاء التعويض منه باعتباره مسئولاً عن أعمال تابعه غير المشروعة طبقاً لأحكام المسئولية التقصيرية ، وأجاز له فى ذات الوقت الرجوع مباشرة على شركة التأمين لاقتضاء هذا التعويض منهما ، باعتبار أن السيارة مرتكبة الحادث مؤمن عليها لديها ، وثبتت مسئولية قائدها عن الضرر ، وبذلك يصبح للمضرور مدينين بالتعويض المستحق له

---

(١) نقض- جلسة ١٩٨٥/٣/٢٥-مجموعة المكتب الفنى - السنة ٣٦ - ص٤٨٤.
(٢) نقض - جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥ - الطعن ٢٠٢٠ لسنة ٥٦ق .

وكلاهما مدين بدين واحد له مصدران مختلفان ، من ثم تتضامم ذمتهما فى هذا الدين دون أن تتضامن إذ الالتزام التضامنى يقتضى وحدة المصدر ، وأن كلاً منهما ملزم فى مواجهة المضرور بالدين كاملاً غير منقسم ، وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهما على انفراد أو إليهما مجتمعين ، وإذا استوفى دينه من أحدهما برئت ذمة الآخر . وإذا لم يستوف حقه كاملاً من أحدهما رجع بالباقى على المدين الآخر ، ويتوقف رجوع من يوفى منهما بكامل الدين أو بعضه على الآخر على ما قد يكون بينهما من علاقة (١).

---

(١) نقض-جلسة ١٩٩٣/٢/١٨ -مجموعة المكتب الفنى - السنة ٤٤- ص٦٣٥ .

القسم الثانى
الكفالــة

تقسيم :

تتناول عقد الكفالة فى بابين :

نخصص الأول منهما للتعريف بالكفالة ، وبيان أركانها .

ونخصص الثانى لبيان أحكام الكفالة فى الفقه والقضاء ، وذلك فى فصلين .

هذا ، وقد أوردنا فى (مدخل البحث) أن عقد (الكفالة) ورد النص عليه فى المواد من ٧٧٢ حتى ٨٠١ فى الباب الخامس من الكتاب الثانى من التقنين المدنى ، وجئنا بهذا المدخل بنصوص تلك المواد مع التعليق عليها .

لذا لزم التنويه .

الباب الأول
تعريف الكفالة ، وبيان أركانها

الفرع الأول
تعريف الكفالة

عرفت المادة ٧٧٢ من القانون المدنى الكفالة بقولها : « الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف المدين نفسه » .

ومؤدى هذا النص أن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن ، أما المدين الأصلى فليس طرفاً فى عقد الكفالة .

والكفالة تفترض وجود التزام مكفول ، وهذا الالتزام يقتضى وجود مدين أصلى به ودائن . والتزام الكفيل تابع للالتزام الأصلى .

كما أنها ترتب التزاماً شخصياً فى ذمة الكفيل (١) .

فالكفالة عقد بين الكفيل والدائن .

ومحل الكفالة تنفيذ التزام قائم فى ذمة شخص من الغير ، سواء أكان المحل مبلغ أو عمل أو امتناع عن عمل .

والأصل أن الكفالة أن يتقدم شخص لضمان وفاء ما على المدين لدائنه ، فيضم ذمته إلى ذمة المدين ليزيد من ضمان فى تحصيل حقه ، فيصبح بذلك للدائن حق الضمان العام ، ليس على جميع أموال مدينه فحسب ، بل على جميع أموال الكفيل أيضاً . وتسمى الكفالة فى هذه

---

(١) الوسيط – ١٠ – للدكتور عبد الرزاق السنهورى والمستشار مصطفى الفقى – طبعة ١٩٩٤ – ص٢٣ وما بعدها .

الحالة كفالة شخصية لأنها تنشئ في ذمة الكفيل التزاماً شخصياً ينفذ في جميع أمواله (١) .

والكفالة ضمان شخصي – ويقصد بهذا أنها عقد به يلتزم الكفيل بالوفاء بالالتزام الأصلي بحيث يعتبر مديناً بهذا الالتزام ومسئولاً عن تنفيذه مسئولية شخصية يكون للدائن بمقتضاها أن ينفذ بحقه على كل أمواله .

ومركز الكفيل العيني يشبه مركز الكفيل الشخصي من حيث أن كلاً منهما يسأل عن دين غيره ، ويختلفان من حيث أن مسئولية الأول عينية ، ومسئولية الثاني شخصية (٢) .

فالكفالة عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل ودائن ، شخص أخر بموجبه يلتزم الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين .

فالكفالة تفترض وجود ثلاثة أشخاص هم : الكفيل والدائن والمدين ، فضلاً عن أنها تفترض وجود التزام أصلي يقع على عاتق المدين في مواجهة الدائن . وهذا الالتزام هو الذي يتقدم الكفيل لضمان الوفاء به .

وتتم الكفالة بعقد بين الكفيل والدائن . أما المدين فليس طرفاً في عقد الكفالة ، فيصح أن تتم الكفالة دون علمه ورغم ارادته .

ولما كانت الكفالة تفترض دائماً وجود التزام أصلي على شخص أخر غير الكفيل ، فإنها لا تقوم إلا إذا وجد هذا الالتزام ، ولكن لا يشترط أن يكون الدين الأصلي قد نشأ وقت انعقاد الكفالة ، فيجوز كفالة الالتزامات المستقبلة والالتزامات المعلقة على شرط (٣) .

---

(١) عقد الكفالة – للدكتور سليمان مرقس – طبعة ٢– ١٩٩٤ – ص٧ وما بعدها.

(٢) عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفى منصور – طبعة ١٩٦٠ – ص٩ وما بعدها .

(٣) التأمينات الشخصية والعينية – للدكتور عبد الودود يحيى – طبعة ١٩٨٥ – ص١٥ و١٦ .

والصحيح أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد ، لأنها عقد لا ينشئ إلا التزاماً واحداً يقع على عاتق الكفيل . والتزام الكفيل هو التزام تابع .

فالكفالة عقد من عقود الضمان بمقتضاها يلتزم شخص اسمه الكفيل فى مواجهة الدائن بتنفيذ التزام المدين إذا تخلف هذا الأخير عن أدائه .

وقد راعى المشرع أن موضوع الكفالة يتميز عن موضوعات سائر العقود المسماه بأنه عقد تأمين شخصى ، ومن ثم فقد فصلها عن سائر العقود المسماه من ناحية ، وعن التأمينات العينية من ناحية أخرى .

ويبرز تعريف الكفالة الوارد بنص المادة ٧٧٢ وخصائصها الأساسية ، وينفى على الأخص كل خلط بينها وبين التضامن ، إذ يبين النص أن الكفيل يضمن تنفيذ التزام أصلى ، وأنه مسئول عن الدين بصفة تبعية . فالكفالة وجود ثلاثة أشخاص : دائن تقدم إليه الكفالة ويسمى المكفول ، ومدين يضمنه الكفيل قبل الدائن ويقال له المكفول عنه ، ثم الكفيل . فالمدين كما نرى ليس طرفًا فى عقد الكفالة ، إذ هى تقوم بين الدائن والكفيل ، وهو ما يتضح بجلاء من نص المادة السالفة ، حيث يقرر أن الكفيل يتعهد للدائن ، وذلك ليشعر أن الكفيل يلتزم مباشرة قبل الدائن ، وأن الكفالة تتم بمجرد توافق ارادتى الدائن والكفيل دون حاجة لرضاء المدين بها مقدماً .

والقصد من ايراد النص عبارة أن الكفيل يلتزم بوفاء الدين هو الدلالة على أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين بحيث إذا وفىّ هذا الأخير بالالتزام الأصلى لم يبق هناك مجال لمطالبة الكفيل . ولا يصح أن يفهم من عبارة النص أن التزام الكفيل التزام شرطى ، بل الواقع أنه التزام بات وغير معلق على شرط ، ودليل ذلك أنه يقوم بمجرد قيام عقد الكفالة ، كما أنه يحل بمجرد حلول أجل الالتزام الأصلى .

ويتضح من التعريف الوارد بنص المادة أن الكفالة ترد على أى التزام مهما كان نوعه ، فقد يكون مصدر الالتزام الأصلى الاتفاق أو الفعل الضار أو الإثراء بلا سبب أو نص القانون .

بل أن الكفالة تضمن تنفيذ أى التزام مهما كان نوعه ، سواء أكان مبلغاً من النقود أو عملاً أو امتناعاً عن عمل .

ومن خصائص الكفالة ومميزاتها أنها عقد رضائى ، وملزم لجانب واحد ، ومن عقود التبرع بحسب الأصل ، وأنها عقد تابع ، ولا يتوسع فى تفسير عقد الكفالة (١) .

على أن التعريف الوارد بنص المادة ٧٧٢ مدنى للكفالة وإن تلافى عيوب النص القديم ، إلا أن الكفالة وفقاً لتعبير الفقه الاسلامى ليست سوى ضم ذمة إلى ذمة فى الوفاء بالالتزام ، وتفترض وفقاً لتعريفها فى القانون قيام التزام بين شخصين ، لا يهم نوع محله ، أو مصدره .

والكفالة عقد بين الدائن فى هذا الالتزام وشخص ثالث يسمى الكفيل ، يلتزم بوفاء الالتزام إذا لم يف به المدين . فطرفا الكفالة هما الدائن والكفيل .

ويقصد بالكفالة كما نرى ضمان الوفاء بالتزام ترتب فى ذمة شخص آخر هو المدين بأن يلتزم الكفيل بمقتضى عقد الكفالة قبل الدائن وفاء هذا الالتزام الأخير إذا لم يف به المدين ، ويقال للدائن المكفول له ، وللالتزام الأصلى المكفول به ، وللمدين المكفول عنه . فالمدين ليس طرفاً فى الكفالة ، وقد يلتزم الكفيل دون تدخل المدين أو دون علمه ليكون فضوليًا ، بل قد يلتزم رغم معارضته . والتزام الكفيل بات .

وتتميز الكفالة وفقاً لتعريفها الوارد فى المادة ٧٧٢ مدنى بأنها عقد رضائى ، وملزم لجانب واحد ، وتدخل فى نطاق التبرعات ، وأنها عقد تابع لالتزام أصلى (٣) .

---

(١) التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور محمد على امام - طبعة ١٩٥٦ - ص١٩ وما بعدها .

(٢) ينظر مقال الأستاذ احمد احمد ابراهيم : التزام التبرعات - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٣ - عدد ٢ - فقرة ٦٠ و٦١ .

(٣) التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور محمود جمال الدين زكى - طبعة ٣ - ١٩٧٩ - ص٢٨ وما بعدها .

الفرع الثانى
أركــان الكفالة

للكفالة ركنان :

١- التــزام أصلى مكفـول ، هـو التــزام المدين الأصلى يضـمـنـة الكفـيل ، وبدون هذا الالتـزام لا تكون كـفـالة ، لأن التـزام الكـفيل هو التزام تابع ، فهو يتبع الالتزام الأصلى المكفول .

٢- اتفـاق بين الكفـيل والدائن لكفـالة التـزام المدين الأصلى ، وهذا الاتفاق هـو عقـد الكفالة ذاته ، فلابد من رضـاء الكفـيل بالكفالة ، ورضـاء المدين بأن يضـمن الكفيل حقه .

فـأى التـزام تمكن كفـالته أياً كـان مـصدره وأياً كـان مـحله فـيكون التزاماً أصلياً مكفولاً .

وقد قضت محكمـة النقض بأن الكفالة يمكن أن ترد على أى التزام متى كان صحيحاً وأياً كان نوعه أو مصدره مادام يمكن تقديره نقداً ، أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتـعويضـات ، وليس فى أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شـخص واحـد تنفيذ الالتـزامات المترتبة على عـقد فى ذمة عـاقديه كليهمـا بأن يتعهد لكل منهمـا بأن يفى له بالتـزام المتعـاقد الآخـر فى حالة تخلف هذا المدين عـن الوفاء به ، وفى هـذه الحـالة ينعقـد عقد الكفالة بين الكفيل وبين كل من المتـعاقدين بوصـف كل منهمـا دائناً للآخـر بالالتزامـات المترتبة له فى ذمـته بمقـتضى العـقد الأصلى المبـرم بينهما (١) .

وتمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصـدره العمل غير المشروع .

ويمكن كـفـالة الالتـزام الذى يكون مـصـدره الاثراء بلا سـبب ، أو الفضـالة .

---

(١) نقض - جلسـة - ١٩٨١/٣/٢ - مـجـمـوعـة المكتب الفنى - السنة ٣٢ - ص٧٣٧ .

وتمكن كفالة الالتزام الذى يكون مصدره القانون .

وأما كان محل الالتزام الأصلى فإنه تجوز كفالته .

فلا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحًا (م٧٧٦ مدنى) .

ويكون الالتزام المكفول صحيحاً إذا تولد من مصدر عقدى أو غير عقدى ، وكان العقد الذى تولد منه عقداً صحيحاً .

وأن كفالة الالتزام الباطل هى أيضاً باطلة .

وتجوز الكفالة فى الدين المستقبل والدين الشرطى (م٧٧٨ مدنى).

وكفالة الدين التجارى تعتبر عملاً مدنيًا ولو كان الكفيل تاجر (م٧٧٩ مدنى) .

على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائماً عملاً تجارياً (م٧٧٩/٢ مدنى) .

وقد قضت محكمة النقض (١) بأن النص فى المادة ٧٧٩/١ من التقنين المدنى يدل على أن الأصل فى الكفالة أن تعتبر عملاً مدنيًا ، وتبقى الكفالة عملاً مدنيًا بالنسبة للكفيل حتى ولو كان الالتزام المكفول التزامًا تجارياً أو كان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفسه تاجراً ، وذلك استثناء من القاعدة التى تقضى بأن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول ، لأن الأصل فى الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً ، فهو اذن لا يقوم بعمل تجارى بل بعمل مدنى .

فنص المادة ٧٧٩ مدنى أورد على قاعدة (الأصل فى الكفالة أنها عمل مدنى) - أورد استثناءين :

١- إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً . ونصوص القانون التجارى فى هذه المسألة هى :

المواد ١٣٨ حتى ١٤١ .

---

(١) نقض - جلسة - ١٩٨١/٣/٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٣٢ - ص٧٣٧ .

٢- إذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير الأوراق التجارية ، ونصوص القانون التجارى فى هذه المسألة .

المواد ١٣٣ و ١٣٧ تجارى (١) .

ولما كانت الكفالة عقد فإنها تخضع - من حيث انعقادها للأحكام العامة التى تخضع لها بقية العقود ، بحيث يجب أن تتوافر فيها أركان ثلاثة : الرضا ، والمحل ، والسبب .

وتخضع الكفالة للقواعد العامة من حيث قابلية العقد للابطال لعيب يشوب ارادة أحد المتعاقدين ، فيجوز للكفيل أن يطلب ابطال العقد إذا كان قد وقع فى غلط جوهرى بشرط أن يكون الدائن هو الآخر قد وقع فى غلط مثله أو كان على علم به أو من السهل عليه أن يتبينه . وغلط الكفيل فى شخص المدين أو فى صفة من صفاته يجعل عقد الكفالة قابلاً للابطال .

وتثبت الكفالة بالكتابة خروجًا من المشرع على القواعد العامة فى الإثبات (م٧٧٣ مدنى) حماية للكفيل ، حتى ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة ، ولم يقصد المشرع أن يجعل منها عقداً شكلياً (٢) .

فأركان الكفالة ثلاثة :

الرضا ، والمحل ، والسبب .

وطرفا الكفالة هما : الدائن والكفيل ، ورضاؤهما ضرورى لانعقاد الكفالة ، دون حاجة لرضاء المدين ، لأنه لا يعتبر طرفًا فيها (م٧٧٢ مدنى) .

وتثبت الكفالة بالكتابة (٣) .

---

(١) الوسيط - ١٠ - للدكتور السنهورى والمستشار الفقى - المرجع السابق - ص٤٧ وما بعدها .

(٢) التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور عبد الودود يحى - المرجع السابق - ص٣٣ وما بعدها ، وعقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى منصور - طبعة ١٩٦٠ - ص٤٩

(٣) عقد الكفالة - للدكتور سليمان مرقس - المرجع السابق - ص٣١ حتى ٦٩ .

والكفالة كعقد لابد من توافر شرط الرضا الصحيح الصادر من ذى أهلية ، ومحل ، وسبب .

ففى الرضا يجب توافق ارادتى الدائن والكفيل ، أى وجود ايجاب من أحدهما وقبول من الآخر حتى تقوم الكفالة . أما المدين فليس طرفاً فى الكفالة ، لذا فهى تتم بغير حاجة لرضا من جانبه ، وإن كان المعتاد أن المدين هو الذى يقدم الكفيل للدائن .

ورضا الدائن كما يصح أن يكون صريحاً فإنه قد يكون ضمنياً .

وتوافق ارادتى الدائن والكفيل لابد أن يتم بشأن جميع شروط الكفالة حتى تنعقد الكفالة .

ويتم إثبات الكفالة بالكتابة (م٧٧٣ مدنى)، ولايغير ذلك من طبيعة العقد الرضائية ، لأن الكتابة مشترطة هنا للإثبات وليس للانعقاد .

ويجب لصحة الكفالة أن يكون الرضا خالياً من العيوب التى تؤثر فى سلامته وهى: الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال - فلا يصح أن يكون مشوباً بغلط فى صفة جوهرية ، أو مبناه استعمال وسائل تدليسية ، أو انتزع بالاكراه أو كان نتيجة استغلال ، وإلا كان العقد قابلاً للابطال ، وتطبق فى هذه المسائل القواعد العامة فى الالتزامات .

فتكون الكفالة قابلة للابطال إذا ثبت أن رضا الكفيل كان مبناه الغلط فى صفة جوهرية ، كما إذا اعتقد خطأ أن البيع الذى كفل فيه الثمن هو بيع عقارى فاعتمد على حلوله محل البائع فى امتيازه . فإن ثبت أن هذا الغلط لم يكن هو الذى حمله على التعاقد كانت الكفالة صحيحة (١) .

الكفالة عقد رضائى ، ومن ثم كان ركنه التراضى ، فيكفى لقيام الكفالة تطابق ارادتى الدائن والكفيل وهما طرفا العقد .

ويؤدى تطبيق القواعد العامة - حيث لم يفرد الشارع لابرام الكفالة قواعد خاصة - إلى جواز أن يكون رضا الكفيل ضمنياً .

---

(١) التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور محمد على امام - المرجع السابق - ص٤٧ وما بعدها .

ويجب حتى تقوم الكفالة صحيحة أن يتوافر التراضى سليماً ، بأن يصدر ممن يملكه ، فإنه يكون غير مشوب بعيب يفسده ، فيتعين إلى جانب توافر أهلية العاقدين ، الا يكون رضاء أحدهما مشوباً بغلط أو تدليس أو اكراه أو استغلال ، ويرجع فى عيوب الرضا إلى القواعد العامة ، فليس فى الكفالة ، متعلقاً ، قواعد خاصة (١) .

---

(١) التأمينات الشخصية والعينية – للدكتور محمود جمال الدين زكى – المرجع السابق – ص٤٨ وما بعدها .

الباب الثانى
الكفالة فى الفقه ، وقضاء النقض

تقسيم :

بقى أن نتعرف على الكفالة من خلال نظرة الفقه ، وقضاء محكمة النقض .

وإننا هنا نخصص لكل منهما الفصلين التاليين :

الأول – الكفالة فى الفقه .

والثانى – الكفالة فى قضاء النقض .

فبالنسبة للفقه نعرض ما تبقى فى الكفالة من الأحكام ، بعد التجاوز عن تعريفها وبيان أركانها ، فقد سبق عرض ما تعلق بهما فى الباب السابق .

وبالنسبة لقضاء النقض ، فسنعرض كل ما وصلت إليه أيدينا من المبادئ فى الكفالة ، حتى يكون البحث مفيداً .

الفصـل الأول
الكفالة فى الفقه

الكفالة البسيطة ، والكفالة الموصوفة :

الكفالة إما أن تكون بسيطة ، وإما أن تكون موصوفة .

فإذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين ، كانت الكفالة بسيطة .

أما إذا كان الكفيل قد التزم بالكفالة متضامناً مع المدين أو مع كفلاء آخرين ، فإن الكفالة تكون موصوفة .

متى يطالب الدائن الكفيل :

يطالب الدائن الكفيل عند حلول الدين المكفول ، وهو دائماً مؤجل ، والتزام الكفيل يكون هو الآخر مؤجلاً ، ويستطيع الدائن أن يرجع على الكفيل كما يستطيع أن يرجع على المدين .

لا يستطيع الدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل المعطى للكفيل ، وكذلك إذا لم ينزل عن الأجل المعطى له ولو نزل عنه المدين الأصلى .

وإذا تعدد الكفلاء قسم الدين بينهم ولا يلتزم كل منهم إلا بقدر نصيبه فى الكفالة ، ما لم يكون الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله (م٧٩٢ مدنى) .

الدفوع التى يدفع بها الكفيل رجوع الدائن عليه :

عندما يحل الدين ويريد الدائن الرجوع على الكفيل ، يجوز للكفيل أن يدفع هذا الرجوع بالدفوع التالية :

١- الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً (م١/٧٨٨ مدنى) .

٢- التمسك بالدفوع التى يجوز للمدين أن يحتج بها ، لأن التزامه تابع لالتزام المدين (م٧٨٢ مدنى) .

٣- أن يدفع بدفوع خاصة به ، وهى دفوع خاصة بالتزامه ككفيل ، ودفوع خاصة بالكفالة ذاتها .

٤- إذا أراد الدائن التنفيذ على أمواله أن يدفع بالتجريد (م٢/٧٨٨ - ٧٩١ مدنى) .

عن الدفع بالتجريد bénéfice de discilssion :

نصت على هذا الدفع الفقرة الثانية من المادة ٧٨٨ مدنى .

والدفع بالتجريد لا يكون إلا عندما يحصل الدائن على سند قابل للتنفيذ ضد الكفيل ويشرع فى التنفيذ على أمواله ، فحينئذ يحق للكفيل أن يدفع بأنه لا يجوز التنفيذ عليه إلا بعد تجريد الدائن المدين من أمواله كما يقرر نص المادة .

وهذا الدفع قائم على اعتبارات العدالة ، ولأن الكفيل جدير بالرعاية ، ويوفى ديناً ليس عليه ، ويؤدى خدمة لغيره بكفالته وتقوية ائتمانه .

وقد قضت محكمة النقض (١) بأن التجريد رخصة تخول الكفيل غير المتضامن الحق فى أن يمنع التنفيذ على أمواله وفاء للدين المكفول إلا بعد فشل الدائن فى استيفاء حقه جبراً على المدين . ومن ثم فإن التجريد لا يكون إلا فى العلاقة بين الدائن والكفيل وبصدد شروع الدائن فى التنفيذ على أموال الكفيل ، ولا يثبت للكفيل المتضامن .

وقد نصت المادة ٧٨٩ مدنى على شروط الدفع بالتجريد - وهى :

١- يجب أن يقوم الكفيل على نفقته بارشاد الدائن إلى أموال للمدين تفى بالدين كله .

٢- لا يعتد بأموال المدين الواقعة خارج الأراضى المصرية ، ولا الأموال المتنازع فيها .

ويجب ألا يكون الكفيل قد نزل عن الدفع بالتجريد سواء فى عقد الكفالة أو بعد ذلك ، لأنه إنما يتنازل عن حق شخصى مقرر له . والتنازل قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً .

وأموال المدين التى يرشد الدائن عنها إما أن تكون عقارية أو منقولة.

---

(١) نقض - جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٣٠ - ص١٧١ .

وقد بينت المادة ٧٩٠ مدنى ما يترتب على الدفع الصحيح بالتجريد المستوفى للشروط المقررة فى المادة ٧٨٩ مدنى .

فيترتب على الدفع بالتجريد وقف الاجراءات المتخذة للتنفيذ على أموال الكفيل ، ووجوب أن يتخذ الدائن اجراءات التنفيذ على أموال المدين التى أرشده الكفيل عنها ، وإلا عد مسئولاً قبل الكفيل إذا لم يتخذها فى الوقت المناسب وترتب على تأخره اعسار المدين كما تقرر المادة ٧٩٠ مدنى .

وإذا حصل الدائن على حقه برئت ذمة الكفيل ، وإن بقى له فى ذمة المدين شئ منه رجع به على الكفيل .

ووفقًا لنص المادة ٧٩١ مدنى أن للكفيل الحق فى أن يطلب من الدائن أيضًا التنفيذ على التأمين العينى المخصص لضمان الدين قبل التنفيذ على أمواله هو .

ويقع التنفيذ على التأمين العينى ، وفق شروط المادة ٧٩١ مدنى ، التالية :

١- أن يكون هناك تأمين عينى قدمه المدين ضماناً للوفاء بدينه ، عقاراً كان أو منقولاً .

٢- أن يكون هذا التأمين قد قدمه قبل عقد الكفالة أو فى وقت معاصر لها .

٣- أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين ، وإلا وجب تطبيق أحكام التضامن ، فيجوز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين فى التأمين العينى الذى قدمه وفى سائر أمواله . ويجب أيضاً الا يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى مطالبة الدائن بالتنفيذ أولاً على المال الذى ترتب عليه التأمين العينى .

٤- أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولاً على المال الذى ترتب عليه التأمين العينى ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها .

وتقضى المادة ٧٨٧ مدنى بالتزام الدائن بأن يسلم للكفيل

المستندات اللازمة وقت وفائه بالدين - وذلك عند استيفاء حقه .

كفيل الكفيل :

نصت المادة ٧٩٧ مدنى على جواز كفالة الكفيل ، وفى هذه الحالة ، لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل .

وإذا رفع الدائن الدعوى على كفيل الكفيل ، كان لهذا أن يدخل الكفيل فى الدعوى وكذلك المدين ليحكم على كل منهما بأن يرد الكفيل ما عسى أن يحكم به على هذا الأخير إذا نفذ هذا ما حكم به عليه .

وإذا وفى كفيل الكفيل الدين ، كان له أن يرجع على الكفيل أو على المدين الأصلى أو على الاثنين بالتضامم ، ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول .

فى تضامن الكفيل مع المدين :

تنص المادة ٧٩٥ مدنى على أنه فى الكفالة القضائية أو القانونية ، يكون الكفلاء دائماً متضامنين .

فتضامن الكفيل مع المدين يتقرر كالتضامن ما بين المدينين الأصليين إما بالاتفاق أو بنص فى القانون .

وكذلك الحكم فى تضامن الكفلاء فيما بينهم .

وقد قضت محكمة النقض (١) بأن المتبوع - وعلى ما جرى به قضاء النقض - يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن للتابع ، كفالة مصدرها القانون ، مما يترتب عليه أنه إذا تعدد المتبوعون كانوا متضامنين فيما بينهم عملاً بالمادة ٧٩٥ مدنى .

ويجوز أن يكون كل من الكفلاء المتعددين متضامناً مع المدين دون أن يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم .

ويجوز أن يتعدد الكفلاء ، ويكون بعضهم متضامناً مع المدين ،

---

(١) نقض - جلسة ١٩٨٣/١/١٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٣٤ - ص٢٠٢ .

وبعض آخر غير متضامنين معه ، فلو أن مديناً واحداً كان له ثلاثة كفلاء اثنان منهم متضامنان معه والثالث غير متضامن ، فالاثنان المتضامنان معه لا يكون لأى منهما حق التقسيم ولا حق التجريد ، ويكون كل منهما مسئولاً عن كل الدين . أما الكفيل الثالث غير المتضامن مع المدين فيكون له حق التقسيم إذا توافرت شروطه فلا يكفل إلا حصته فى الدين ويكون له أيضاً حق التجريد .

ويجوز أن يتعدد الكفلاء والمدينون فى دين واحد ، ويكون المدينون متضامنين . فإن كان الكفلاء أيضاً متضامنين فيما بينهم ولكنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين لم يكن لهؤلاء المدينين المتضامنين فيما بينهم حق التقسيم ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين . أما إذا كان الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم وكانوا بعقد واحد كان لهم حق التقسيم وكان لهم أيضاً حق التجريد ، فإذا كفلوا بعقود متوالية لم يكن لهم حق التقسيم إلا إذا احتفظ أى منهم بهذا الحق فيكون له ، ولكن يكون لهم حق التجريد ، لأنهم غير متضامنين مع المدينين المتضامنين . فإذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين أيضًا مع المدينين المتضامنين لم يكن لهم لا حق التقسيم ولا حق التجريد .

وتطبق على الكفلاء المتضامنين فيما بينهم ، وكذلك على الكفيل المتضامن مع المدين ، بوجه عام ، أحكام التضامن .

ففيما يتعلق بالكفلاء المتضامنين فيما بينهم ، فهؤلاء يكونون فى العلاقة بينهم وبين الدائن مدينين متضامنين ليس لهم حق التقسيم ، ولهم حق التجريد إذا كانوا غير متضامنين مع المدين ، وليس لهم هذا الحق إذا كانوا متضامين معه ، فيجوز للدائن أن يطالب المتضامنين فيما بينهم بكل الدين ، ويرجع ذلك إلى فكرة وحدة المحل . ويجوز لكل كفيل أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به ، وبأوجه الدفع المشتركة بين الكفلاء جميعًا ، ولكن ليس له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بكفيل آخر .

أما إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، فإن الاثنان بالنسبة للدائن

يكونان مدينين متضامنين بوجه عام فيجوز للدائن أن يطالب بكل الدين إياً من المدينين أو الكفيل . على أن الكفيل المتضامن يختلف عن الكفيل العادى (أى غير المتضامن مع المدين) فى أنه بوجه خاص ليس له أن يتمسك بحق التجريد ، ثم يختلف عن المدين المتضامن فى الدفوع التى يستطيع أن يحتج بها .

علاقة الكفيل بالمدين :

يعتبر الكفيل فى علاقته بالمدين وقد أوفى دين الدائن ، أنه وفىّ دين غيره ، فيحق له من ثم الرجوع على المدين إما بالدعوى الشخصية (م٣٢٤ مدنى) وإما بدعوى الحلول (م٣٢٦ مدنى) - وقد نصت على كل منهما المادتان ٧٩٩ و ٨٠٠ مدنى .

وفى حالة تعدد المدينين الأصليين وكانوا متضامنين ووفىّ الكفيل عنهم الدين للدائن فقد نصت المادة ٨٠١ مدنى على رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين (١) .

انقضاء الكفالة :

تنقضى الكفالة بطريق تبعى ، كما تنقضى بطريق أصلى فهى تنقضى بطريق تبعى إذا انقضى الدين المكفول .

وتنقضى بطريق أصلى إذا انقضت هى ذاتها بسبب من أسباب انقضاء الدين دون أن ينقضى الدين المكفول .

وأسباب انقضاء الدين المكفول هى نفس أسباب انقضاء أى دين ، فإذا انقضى هذا الدين فقد انقضت الكفالة ، لأن التابع لا يبقى بغير الأصيل .

وانقضاء الدين المكفول يكون إما : بالوفاء ، والوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة ، والابراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم .

---

(١) انظر فى تفصيل احكام رجوع الكفيل فى هذه الحالات الثلاثة : الوسيط - ١٠ - للدكتور عبد الرزاق السنهورى والمستشار مصطفى الفقى - طبعة ١٩٩٧ - ص١٩٤ وما بعدها .

وقد يفسخ الدين المكفول أو يتمسك بابطاله فتزول الكفالة تبعًا لذلك (١) .

التزام الكفيل :

ويقول الدكتور سليمان مرقس (٢) – فى التزام الكفيل – أن الكفالة تنشئ فى ذمة الكفيل التزامًا تابعًا لالتزام المدين ، فيتحدد التزام الكفيل بالتزام الأصيل ، سواء من حيث محله أو الدين المكفول أو من حيث أوصافه ، كما يتحدد أيضًا بعقد الكفالة ذاته .

فمن حيث محل الالتزام، يجب أن يكون محل الكفالة ضمان الوفاء بمحل الالتزام الأصلى ذاته . وقد نصت على ذلك المادة٧٨٠ مدنى .

ومن حيث الشخص المكفول ، فيتحدد الدين الأصلى ليس بمحله فحسب ، بل أيضًا بشخص المدين ، لأن صفات المكفول تعنى الكفيل من صدق ووفاء وأمانة ويسار ... الخ .

ومن حيث أوصاف الالتزام ، إذا كان التزام المدين مؤجلاً أو معلقًا على شرط ، فلا يصح أن يكون التزام الكفيل منجزًا ، والعكس جائز .

وإذا كان المدين مؤجلاً أو معلقًا على شرط ، فلا يصح أن يكون التزام الكفيل منجزًا والعكس فلا يجوز أن يلتزم الكفيل بدين هذا المدين بالتضامن مع غيره من المدينين .

وتعتبر الكفالة شاملة الدين وفوائده ومصاريف به (م٧٨١ مدنى) .

التزامات الدائن :

يلتزم الدائن بموجب الكفالة ، بما يلى :

أ– بالمطالبة بالدين – ففى الدين المكفول توجد مصلحة للكفيل فى استيفاء الدائن حقه فى الوقت المناسب حتى تبرأ ذمته بوفاء المدين

---

(١) ينظر فى تفصيل أسباب انقضاء الكفالة ، الشرح الوافى الذى قدمه الدكتور السنهورى والمستشار الفقى فى : الوسيط – ١٠ – المرجع السابق – ص٢٥٧ وما بعدها .

(٢) عقد الكفالة – للدكتور سليمان مرقس – طبعة ٢ – ١٩٩٤ – ص٧٠ وما بعدها .

دينه أو حتى يتمكن من الرجوع على المدين قبل اعساره (م٧٨٥ مدنى) .

إن المادة ١/٧٨٥ مدنى تنشئ فى ذمة الدائن التزاماً باتخاذ اجراءات مطالبة المدين فى الوقت المناسب .

فيكون الدائن مسئولاً عن عدم اتخاذ الاجراء إذا ترتب على تأخيره ضرر للكفيل ، كأن يكون المدين قد أعسر فى تلك الفترة بحيث يتعذر على الكفيل الرجوع عليه بما وفاه للدائن .

ب- الالتزام بتسليم الكفيل مستندات الدين عند وفائه - تقضى المادة ٧٨٧ فقرة أولى على أن يلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع .

وهذا الحكم نتيجة طبيعية لاعتبار الالتزام الكفيل التزاماً تابعاً يخوله إذا ما أوفى به أن يرجع على المدين بما وفاه ، فإن حق الكفيل فى الرجوع على المدين يوجب على الدائن أن يمكنه من المستندات اللازمة لاستعمال هذا الحق .

وينشأ هذا الالتزام فى ذمة الدائن بقوة القانون وبمجرد استيفاء الدائن حقه من الكفيل ، بل بمجرد إبداء الكفيل استعداده للوفاء بالتزامه (م٣٤٩ مدنى) .

جـ- الالتزام بالمحافظة على التأمينات الخاصة واحلال الكفيل فيها عند وفائه الدين .

فقد نصت المادة ١/٧٨٤ مدنى على أن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات .

وبينت فقرتها الثانية القصد من تلك الضمانات بأنها كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكل تأمين مقرر بحكم القانون .

فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل (٢/٧٨٧ مدنى) .

أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى ، فإن الدائن يلتزم أن

يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين ، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع على المدين (م٣/٧٨٧ مدنى) .

حقوق طرفى الكفالة

حق مطالبة الكفيل بالدين المضمون :

يقابل التزام الكفيل بضمان الوفاء بالدين المكفول حق الدائن فى مطالبة الكفيل بوفاء هذا الدين (م١٣٧) ، علاوة على حقه فى مطالبة المدين بذلك (م١٣٨) .

ويشمل حق مطالبة الكفيل بالدين المضمون : رفع الدعوى عليه للحصول على سند تنفيذى بالزامه بالوفاء . والتنفيذ على أمواله استيفاء للحق المضمون .

برفع الدعوى على الكفيل ليحصل على سند تنفيذى يلزمه بالوفاء بشرط أن يكون قد حل أجل الوفاء بالدين ، وبشرط مطالبة المدين قبل أو مع مطالبة الكفيل ، وبشرط عدم انقضاء التزام الكفيل بالتقادم .

حقوق الكفيل

الدفوع التى يجوز التمسك بها :

١ - **حق الكفيل فى الرجوع على المدين :** ليس للكفيل الرجوع على المدين إلا بعد أن يؤدى للدائن الدين المكفول .

بعض أوصاف الكفالة وتعدد الكفلاء إذا كان الكفيل عينيًا أو متضامنًا مع المدين أو كفيلاً للكفيل أو تعدد كفلاء الدين الواحد فإن ذلك من شأنه أن يعدل بعض الشئ فى الآثار التى ترتب على الكفالة البسيطة .

١- فى الكفالة التضامنية ، والكفالة العينية ، وكفالة الكفيل :

١ - **التعريف بالكفالة التضامنية :** هى التى يكون فيها الكفيل متضامنًا مع المدين ، بحيث يجوز للدائن أن يطالب أيًا منهما بكل الدين

دون أن يستطيع الكفيل – إذا وجهت إليه المطالبة أولاً – أن يدفعها بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين أو يدفع اجراءات التنفيذ على أمواله بحق التجريد أو بطلب تقسيم المطالبة بينه وبين غيره من الكفلاء . فالكفالة التضامنية تجمع بالنسبة للدائن فوق مزايا الكفالة البسيطة بعض مزايا التضامن بين المدينين أيضًا وهى بالنسبة إلى الكفيل تعتبر من الكفالة البسيطة .

والأصل أن التضامن لا يفترض بين المدينين (م٢٧٩ مدنى) ، وهو كذلك لا يفترض بين الكفيل والمدين ، بل لابد من تقريره باتفاق أو بنص فى القانون .

وقد نصت المادة ٧٩٥ مدنى على أنه فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين ومؤداها أن الكفيل الذى يقدمه المدين تنفيذاً لالتزام مقرر فى ذمته بمقتضى نص القانون أو حكم من القضاء يعتبر كفيلاً متضامناً مع المدين ، سواء صرح بقبوله الالتزام بالتضامن أم لم يصرح بذلك ، لأن تضامنه مع المدين مقرر بنص القانون .

وقد قضت محكمة النقض بأن نصوص الاتفاقية الدولية الخاصة بالاستيراد المؤقت للسيارات التى وافقت عليها جمهورية مصر بالقانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٦ مؤداها أن نادى السيارات يعد كفيلاً متضامناً بحكم القانون مع طالب الترخيص .

(ن – ١٩٨٠/١٢/٢٢ – م.م.ن – ٣١ – ٢٥٩١)

أما فى الكفالة الاتفاقية فلا يكون ثمة تضامن إلا إذا اتفق على ذلك صراحة . ولا يجوز التوسع فى تفسير عبارات الاتفاق . ويفسر الشك لمصلحة الكفيل أى أنه يحمل على عدم التضامن .

حكم الكفيل المتضامن :

نصت المادة ٧٩٣ مدنى على أن : « لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد » .

وقد تقدم أن من شروط الدفع بالتجريد ، وكذلك الدفع بعدم جواز

مطالبة الكفيل مطالبة أن يكون الكفيل لم يتنازل عن هذين الدفعين ولم يلتزم بالتضامن مع المدين . وسيجئ أن الكفيل المتضامن لا يجوز له الدفع بالتقسيم .

ويترتب على التضامن بين المدين وكفيله أن هذا الأخير لا يبقى له سوى التمسك بالدفوع الخاصة بشخصه ، ولكنه يحتج عليه بالحكم الذى يصدر بثبوت الدين المكفول فى ذمة المدين الأصلى .

ويبين من ذلك أن الكفالة التضامنية تخول للدائن ضماناً أوفى بما تخوله الكفالة البسيطة لأنه تحرم الكفيل المتضامن من ثلاثة دفوع يختص بها الكفيل العادى ولا تثبت للكفيل المتضامن ، أى أنها تجعل مركز الكفيل المتضامن فى صلته بالدائن أقرب إلى مركز المدين المتضامن منه إلى مركز الكفيل العادى .

ويظهر :

– **فى المقاصة** – التى تقع بين الدائن والمدين أنه يجوز للكفيل المتضامن التمسك بالمقاصة ولا يجوز ذلك للمدين المتضامن إلا بقدر حصة المدين الأول (م٢٨٧ مدنى) .

– **فى تقادم الدين المكفول** إذ يجوز للكفيل المتضامن التمسك به إذا اعتبر كفيلاً ، ولا يجوز له ذلك إذا اعتبر مديناً متضامناً إلا بقدر حصة المدين الأصلى (م٢٩٢ مدنى) .

– **فى الدفع باضاعة التأمينات** إذ يثبت هذا الدفع للكفيل المتضامن دون المدين المتضامن .

– **فى الدفوع الخاصة بشخص المدين** : كعيوب الرضا ونقص الأهلية ، إذ يجوز للكفيل المتضامن التمسك بها إلا ما استثنى ولا يجوز ذلك للمدين المتضامن .

ينظر نص المادة ٧٩٤ مدنى .

وبناء على ذلك يعتبر الكفيل المتضامن كفيلاً قبل كل شئ ، فيجوز له التمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين كالدفع بالمقاصة والدفع بالتقادم حتى الدفوع الخاصة

بشخص المدين ، كالدفع بعيوب الرضا وبنقص الأهلية إلا إذا كانت الكفالة حاصلة بسبب نقص الأهلية ، كما يجوز له الدفع باضاعة التأمينات ، غاية الأمر أنه لا يجوز له الدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين ، ولا الدفع بالتجريد ولا الدفع بالتقسيم لأن قبوله بالالتزام بالتضامن يعتبر نزولاً عن هذه الدفوع الثلاثة .

وقد قضت محكمة النقض أنه لئن كان تحرير احتجاج عدم الدفع شرطاً للرجوع على مظهرى الورقة التجارية وضمانهم ، فإنه لا يعتبر كذلك بالنسبة للرجوع على المدين الأصلى وضامنه الاحتياطى . وإذا كان الطاعن قد استند فى نعيه إلى المادة ١٦٩ من قانون التجارة ، وهى على ما هو ظاهر من نصها خاصة بسقوط حق حامل الورقة التجارية فى الرجوع على المظهرين وضمانهم الاحتياطيين إذا أهمل الواجبات المنصوص عليها فيها ، فلا وجه تبعًا لذلك لتمسك الطاعن وهو كفيل متضامن مع المدين الأصلى بتطبيق تلك المادة

(نقض – جلسة ١٩٧٤/٦/١٦ م. م. ف – السنة ٢٥ – ص١٠٨٢)

وقررت محكمة النقض بأن الكفيل المتضامن وإن كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادى والتى لا تتفق أساسًا مع فكرة التضامن ، إلا أنه يظل ملتزمًا التزامًا تابعًا يتحدد نطاقه – طبقًا للقواعد العامة – بموضوع الالتزام الأصلى فى الوقت الذى عقدت فيه الكفالة .

(نقض – جلسة ١٩٦٦/٤/٥ م. م. ف – السنة ١٧ – ص٧٩٧)

أحكام الكفالة العينية :

تقدم أن الكفالة العينية هى التى يقصر فيها الكفيل التزامه ويحدد نفاذه فى مال معين من أمواله لوفاء الدين المكفول وينشئ عليه رهناً لمصلحة الدائن . فالكفالة العينية تختلف عن الكفالة الشخصية فى أنها لا تنشئ التزامًا شخصيًا فى ذمة الكفيل ، ولا تخول الدائن حقًا شخصياً يكون له ضمان عام على جميع أموال الكفيل ، بل تخوله حقاً عينياً تبعياً على مال معين من أموال الكفيل يصبح مخصصًا لوفاء

الدين المكفول ، فلا يكون الكفيل ملتزماً بالدين المكفول إلا من حيث أن مصلحته تقتضيه تخليص ماله المرهون فى هذا الدين .

وفيما عدا ذلك يكون مركز الكفيل العينى كمركز الكفيل الشخصى من حيث اعتبار التزامه هذا تابعاً لالتزام المدين الأصلى ومن حيث حقه فى التمسك بالدفوع التى تجوز لذلك المدين وحقه فى الرجوع على المدين بما يوفيه إلى الدائن .

على أنه يترتب على ذلك النتائج التالية .

١- لا يجوز التنفيذ على شئ من أمواله إلا ما رهنه وفاء للدين المكفول (م١٠٥٠ مدنى) .

٢- لا يكون للكفيل العينى حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (عجز المادة ١٠٥٠ مدنى) .

٣- أن حكم الكفيل العينى حكم حائز العقار المرهون (م١٠٥١ مدنى) .

كفيل الكفيل :

كفيل الكفيل شخص يلزم بوفاء التزام الكفيل إذا لم يقم بالوفاء ، وتعتبر كفالته كفالة فى الصف الثانى أى كفالته ليست كفالة المدين بل لمن كفل المدين .

ويعتبر التزام كفيل الكفيل التزاماً تابعاً لالتزام الكفيل .

وقد نصت المادة ٧٩٧ مدنى صراحة على تخويل كفيل الكفيل حق الدفع بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة الكفيل وحق طلب تجريد أموال الكفيل قبل التنفيذ على أمواله هو . والمقصود بالرجوع فى هذا النص رفع دعوى المطالبة واتخاذ اجراءات التنفيذ .

ويجوز لكفيل الكفيل أيضاً أن يطلب تجريد المدين . ولا يؤثر فى حقه هذا أن يكون الكفيل قد نزل عن حقه فى تجريد المدين ، ولا أن يكون الكفيل متضامناً مع المدين مادام كفيل الكفيل غير متضامن لا مع الكفيل ولا مع المدين .

ويكون لكفيل الكفيل إذا ما وفىّ الدين حق الرجوع بما وفاه على الكفيل وعلى المدين أو عليهما معاً .

حالة تضامن الكفلاء :

إذا تعدد كفلاء الدين الواحد فى ذمة مدين واحد والتزموا بالتضامن فيما بينهم ، بل يجوز للدائن أن يطالب كلاً منهم بكل الدين ، لأن التزام كل منهم بالتضامن مع الآخرين يتضمن النزول عن حق تقسيم الدين .

وكذلك إذا لم يلتزم الكفلاء بالتضامن فيما بينهم ، ولكن التزم كل منهم بالتضامن مع المدين ، لأن تضامن أحد الكفلاء مع المدين يفيد نزوله على انقسام الدين واستعداده لأن يفى وحده بكل الدين إذا ما طولب به . فإذا كان بعض الكفلاء متضامنين مع المدين والبعض الآخر غير متضامنين ، كان التقسيم من حق هؤلاء دون أولئك ، وتحسب حصة كل من الكفلاء الذين ينقسم الدين بينهم بقسمة الدين على عدد الكفلاء جميعاً بما فيهم المتضامنين مع المدين ، لأن تضامن أحد الكفلاء يجب ألا يضر بالباقين .

حالة تعدد الكفلاء دون تضامن ولكن بعقود متوالية :

نصت المادة ٧٩٢ فقرة ثانية مدنى على أنه : « إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم » .

وظاهر من هذا النص :

١- أنه قد استبدل بعبارة التضامن التى كان النص القديم يستعملها قوله : (أن كل واحد منهم يكون . مسئولاً عن الدين كله) ، ولا شك فى أن التعبير الجديد أكثر مطابقة لقصد المشرع .

٢- أنه لم يكتف بالقرينة القضائية التى كانت متروكة لتقدير القاضى ، بل أنشأ من التزام الكفلاء بعقود متوالية قرينة قانونية على أن كل واحد جعل نفسه مسئولاً عن الدين كله ، ولكنها قرينة كاملة لإثبات العكس ، إذ يجوز لكل من الكفلاء أن يثبت أنه قصد أن يتعاون

فـى ضـمـان الدين مع سـائر الكفلاء وأن يقـصـر التزامـه على نصـيبـه بينهـم ، وهذا مـا قصده المشـرع بقوله : « إلا إذا كان قـد احتفظ لنفـسه بحق التقسيم » .

تعدد كفلاء الدين الواحد فى ذمة عدة مدينين :

إذا تعدد كفـلاء الدين الواحد ، تعدد أيضاً المدينون بهـذا الدين ، فإما أن يكونون هؤلاء المدينون مـتـضـامنين أو غـير مـتـضـامنين . وفى كلتـا الحـالتين إمـا أن يكفـل جـمـيع المدينين بالتـضـامن فـيـمـا بينهم أو دون تضــامن ، وإمـا أن يـكفل كل واحــد من الكفــلاء بعض المـدينين دون البعض الآخر .

فإذا كان المدينون غـير متضـامنين وكفلهم جميـعاً كل الكفلاء دون تضـامن بينهم . فإن كـانت كفـالة الجـمـيع بعقـد واحد انقـسم الدين بين الكفلاء كل منهم بـقدر نصيبـه ، وإن كانت كفـالتهم بعقـود متوالية فلا حق لأحدهـم فى تقسيم الدين إلا إذا كان قـد احتفظ لنفسـه بهذا الحق ، ولا حق لهم فى التقسيم كذلك إذا التزموا بالتضـامن فيما بينهم .

وإذا كـان المدينون غـيـر مـتـضـامنين وكـفل كل واحـد من الكفـلاء بعض المـدينين دون البـعض الآخــر وانقـسـم الدين أولاً بين المـدينين وتعددت الديون بقـدر عدد المدينين ، وألزم كفيل كل مـدين بنصيب هـذا المدين فقط ، فإذا تعـدد كفلاء المدين الواحد ، طبقت عليـهم القواعد التى تقدمت فى شأن تعدد كفلاء الدين الواحد فى ذمة مدين واحد .

أمـا إذا كـان المدينون مـتـضـامـنين وكـفلهـم جـمـيـعًا كل الكـفـلاء مـتـضـامنين فـيمـا بيـنهم ، فـلا حق لهم فى التـقـسـيم ، وإن لم يكونوا مـتضـامنين فيمـا بينهم فـإن كانت كفـالتهم بعـقـد واحد انقسم الدين بينهـم ، وإن كـانت كـفـالتـهم بعـقـود مـتـوالية فـلا حق لأحـد منهم فى التقسيم إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بذلك .

أما إذا كـان المدينون متضـامنين وكفل كل واحـد من الكفلاء بعض المدينين دون البعض ، فلا يكون ثمة تقسيم إلا بين كفلاء المدين الواحد غـيـر المتضـامنين فـيـمـا بينهم . فـإذا كـان المديـنون المتـضـامنون اثنين

مـدينين بألف جنيه وكـفل أولهـمـا كـفـيل واحـد وكـفل الثـانى اثنان من الكفـلاء دون تضـامـن ، التزم الكفـيل الأول بالألف كلهـا والتـزم كل من الكفيلين الآخـرين بخمسـمائة إذا كانت كـفالتهـا بعقد واحـد ، وإلا التزم كـل منهـمـا أيضـًا بالألف كلهـا مـا لـم يكن قـد احـتـفظ لنفـسـه بحق التقسيـم .

آثار الكفالة المترتبة على
وفاء الكفيل دين الدائن

حق الكفيل الموفى فى الرجوع على المدين وعلى الكفلاء :

إذا وفىّ الكفـيل الـدين المكفـول ثبت له حـق الرجـوع بما وفـاه على المدين ، وهـذا هـــو أثر وفـاء الـكفـيل ديـن الدائن فى العـلاقـة بـينه وبين المدين . وإذا كان للدين الذى وفاه الكفيل كفيل آخر أو أكثر ثبت للكفيل الموفى حق الرجـوع على الكفـلاء الآخـرين ، وهـذا هـو أثـر وفـاء الكفـيل دين الدائن فى العلاقة بينه وبين غيره من الكفلاء .

رجوع الكفيل على المدين إذا كان واحداً :

أثر الرجوع بالدعوى الشخصية :

– الدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة .

النصوص : م٨٠٠ مدنى (تنظر) والمادة ٧٩٨ مدنى (تنظر) .

انقضاء الكفالة

انقضاء الكفالة بصفة تبعية وانقضاؤها بصفة أصلية :

أن التزام الكفيل التزام تابع يدور مع الالتزام الأصلى وجوداً وعدماً فكل مـا يؤثـر فى الالتـزام المكفـول يؤثـر بالتـالى فى الـتـزام الـكفـيل فينقضى هذا الالتزام الأخير بصفة تبعية بجميع الأسباب التى ينقضى بها الالتزام الأول .

غـيـر أن تبـعـيـة التزام الـكفـيل للالتـزام المكفـول لا تمنع أنه التـزام مـسـتـوفٍ جـمـيع مقـومـات الالتـزام وخاضع فى نـشـوئه وفى انقـضـائه

للقواعد العامة ، فيجوز للكفيل مثلاً أن يطعن فى عقد الكفالة بصدوره منه فى حالة نقص أهليته أو تحت تأثير عيب فى الرضا أو بأى سبب آخر من أسباب البطلان فيؤدى ذلك إلى تقرير بطلان الكفالة ، ويجوز له أيضاً أن يتمسك انقضاء التزامه – ويقطع النظر فى انقضاء الدين المكفول بأى سبب من أسباب الانقضاء العامة ، ويكون انقضاء الكفالة فى هذه الحالة بصفة أصلية . وهناك أسباب خاصة بالكفالة تقضى بها التزام الكفيل بصفة أصلية أيضاً أى دون أن ينقضى الالتزام المكفول .

انقضاء الكفالة بصفة تبعية :

تقتضى تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين أن ينقضى الالتزام المكفول وينقضى تبعاً له التزام الكفيل بجميع أسباب الانقضاء العامة وهى :

الوفاء ، والتجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة ، واستحالة الوفاء ، والابراء ، والتقادم .

انقضاء الكفالة بصفة أصلية :

بذات الأسباب التى ينقضى بها الالتزام (الوفاء ... الخ) (١) .

ويضيف الدكتور منصور مصطفى منصور (٢) إلى ما تقدم أن :

صفة التبعية تفيد فى التمييز بين الكفالة وغيرها من النظم القانونية التى تشتبه بها .

١– أن الكفالة تشترك مع تضامن المدينين عند تعددهم فى أنهما من التأمينات الشخصية حيث يتعدد المسئولون عن الوفاء بالالتزام ، إلا أن التزام الكفيل يختلف ، بصفة التبعية ، عن التزام المدين المتضامن مع غيره ، فالمدين المتضامن يلتزم فى مواجهة الدائن حتى ولو لم تكن له مصلحة فى الدين بالتزام أصلى ، وحتى إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين ، بمقتضى الاتفاق أو بحكم القانون ، فلا يعتبر فى مركز المدين

---

(١) عقد الكفالة – للدكتور سليمان مرقس – المرجع السابق ص٢٠٩ .

(٢) عقد الكفالة – للدكتور منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص١٠ وما بعدها .

المتضامن ، إذ يبقى مع ذلك ملتزمًا بصفة تبعية ، وإن كان مركزه يختلف من بعض النواحى عن مركز غير المتضامن .

الكفالة عقد ملزم جانبًا واحدًا :

الكفالة المدنية ، والكفالة التجارية :

لما كانت الكفالة ، بحسب الأصل ، من أعمال التبرع حيث يقصد الكفيل إلى خدمة بغير مقابل ، فتعتبر بحسب الأصل عملاً مدنياً سواء أكان العمل الأصلى مدنياً أم تجارياً ، وسواء أكان الكفيل تاجراً أو غير تاجر ، لأن نية التبرع تتنافى مع فكرة العمل التجارى (تنظر المادة ١/١٧٩ مدنى) .

فإذا احترف الكفيل التاجر كفالة الأشخاص بمقابل تعتبر الكفالة التى يعقدها عملاً تجارياً ، وكذلك تعتبر كل كفالة تكفل بها بنك شخصاً تعتبر عملاً تجارياً (م٢ تجارى) .

ودفعاً لما قد يثور من شك حول الصفة التجارية لكفالة غير التاجر الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانًا احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق أكد المشرع صفتها التجارية بقوله فى المادة ٢/٧٧٩ مدنى على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانًا احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائماً عملاً تجارياً .

الكفالة القانونية ، والقضائية ، والاتفاقية :

إن التزام الكفيل للدائن بضمان تنفيذ الالتزام الأصلى ينشأ دائماً عن عقد الكفالة ، ولهذا تعتبر الكفالة من حيث مصدر التزام الكفيل دائماً اتفاقية .

وقد يكون المدين ملتزماً بتقديم كفيل لدائنه يضمنه إما بنص فى القانون أو بحكم من القضاء وعندئذ تكون الكفالة إما قانونية أو قضائية أو اتفاقية .

ولهذا التقسيم أهميته حسبما ظهر من نص المادة ٧٩٥ مدنى ، حيث تقول : « فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائمًا متضامنين » . فالتزام الكفيل فى الكفالة القانونية أو القضائية أشد منه

فى الكفالة الاتفاقية ، إذ يعتبر الكفيل بهما متضامناً بحكم القانون بغير حاجة إلى اشتراط التضامن خلافاً لما هو الحال فى الكفالة الاتفاقية ... والحكمة من هذا التشديد هى تحقيق أكبر قدر من الحماية للدائن .

وإذا تعدد الكفلاء فى الكفالة القانونية أو القضائية فيعتبر كل منهم متضامناً مع المدين ومتضامناً مع غيره من الكفلاء .

شروط الكفيل :

١- أن يكون الكفيل موسراً لديه عقارات ومنقولات (م٧٧٤ مدنى تنظر) ، بما يكفى للوفاء بالدين المضمون .

وتقدير يسر الكفيل مسألة موضوعية ، وعلى من يدعى يسره أو عدم يسره أن يثبت ما يدعيه ، وفى ضوء ذلك يقدر القاضى مدى يسر الكفيل .

٢- أن يكون الكفيل مقيماً بمصر أى متوطناً .

٣- أن يكون الكفيل كامل الأهلية لابرام عقد الكفالة .

الكفالة عقد رضائى - وما النص فى المادة ٧٧٣ مدنى على الكتابة إلا للاثبات .

ويرجع فى شروط انعقاد الكفالة وصحتها إلى القواعد العامة .

محل الكفالة :

نصت المادة ٧٧٢ مدنى على أن محل الكفالة تعهد الكفيل للدائن بالوفاء بدينه إذا لم يف به المدين نفسه .

ومعروف أنه يشترط لانعقاد العقد أى عقد - أن يكون محل الالتزام الذى تتجه إليه ارادة المتعاقدين - أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين ومشروعاً .

وعمل الكفالة دائماً مشروع .

١- وشرط الامكان يقتضى وجود الالتزام الأصلى يضمن الكفيل تنفيذه ، فإذا لم يوجد كان عقد الكفالة باطلاً (م١٣٢ مدنى) . وعلى هذا تنص المادة ٧٧٦ مدنى على أنه (لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان

التزام الكفيل صحيحاً) . وتجوز كفالة الالتزامات الأخرى غير العقود أياً كان محل الالتزام .

تقضى المادة ٧٧٧ مدنى بأن : « من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول » .

كفالة الالتزام المستقبل :

يحدث فى العمل كثيراً أن يكفل شخص التزاماً لم ينشأ بعد ، وذلك على الخصوص فى فتح الاعتماد ، حيث يتعهد الكفيل للبنك بمقتضى عقد الكفالة بتنفيذ الالتزام الذى ينشأ فى ذمة العميل الذى فتح الاعتماد لمصلحته فيما بعد . وقد نصت المادة ١/٧٧٨ مدنى على أنه: (تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول ...) .

فيشترط وفقاً للنص المتقدم - لانعقاد الكفالة أن يتفق فيها على الحد الأقصى للمبلغ الذى يكفله الكفيل وذلك حماية للكفيل ، وهو - كما تقول المذكرة الايضاحية - شخص يتورط دون أن يجنى من وراء كفالته ربحاً ما . فإذا لم يحدد مقدماً المبلغ المكفول كانت الكفالة باطلة .

وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٧٧٨ مدنى بقولها : (على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كان له فى أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ) .

سبب الكفالة :

اختلف الفقهاء حول السبب فى القواعد العامة فى القانون المدنى ، فمنهم من يرى أنه الباعث الدافع على التعاقد (السنهورى - عبد الباقى - امام) ، ومنهم (غالبية) من يرى أنه الغرض المباشر الذى يقصد إليه المتعاقد ، ويطلق عليه سبب الالتزام أو السبب الفنى ، أو الباعث الدافع أو سبب العقد أو الباعث المصلحى (أبو ستيت - سلطان - حجازى - مرقس - فرج الصده) .

أما الكفيل فإذا لم يتلق مقابلاً عن كفالته عُد متبرعاً والدائن متبرعاً له ، وتكفى نية التبرع حتى يتحقق شرط وجود السبب بمعنى

الغرض المباشر . فإذا كان الكفيل متبرعاً فى كفالة دين على شخص لامرأة فى علاقة غير مشروعة كانت الكفالة باطلة .

وقد تكون الكفالة معارضة إذا وجد المقابل .

إثبات الكفالة :

جاء نص المادة ٧٧٣ مدنى بقاعدة تخرج على القواعد العامة فى الإثبات ، حيث نص على أن الكفالة لا تثبت بجميع الطرق بينما يخضع الالتزام المكفول بكافة الطرق خلافًا للقاعدة العامة فى الإثبات (١٠٠جنيه) ، كما نص على أن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة .

وهذه القاعدة الاستثنائية مستحدثة فى القانون المدنى الجديد حذا فيها المشرع حذو التقنينات الحديثة . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تبريراً : (والواقع أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة فى الإثبات لأن التزام الكفيل هو أساساً من الالتزامات التبرعية ، فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع ، وقد يكون من العسير بل قد يستحيل أحياناً تعرف طبيعة تدخل الكفيل وتحديد مدى التزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها ، ولذلك قلما تتم الكفالة عملاً بغير كتابة ، كما يندر أن يلجأ الدائن فى دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة (مجموعة الأعمال التحضيرية - جزء٥ - ص٤٢٦) .

والكتابة هى لإثبات رضا الكفيل وحده إذا لم ينفذه المدين نفسه .

وللكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن بكل ما يبرئ ذمته من التزامه وهو ما يتحقق غالباً عن طريق الدفع عند مطالبة الدائن .

عدم مطالبة الكفيل وحده إلا بعد مطالبة المدين :

تنص المادة ١/٧٨٨ مدنى على أنه : (لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين) .

والمقصود بالرجوع فى النص المتقدم هو المطالبة القضائية أى رفع الدعوى على المدين أو على الكفيل والمدين معاً .

والدفع المبدى من الكفيل هو دفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو فى الاستئناف .

ويقول الدكتور عبد الودود يحيى [1] إن الكفالة تكون باطلة إذا كان محل التزام الدائن مستحيلاً ، أو مخالفاً للنظام العام ، وكذلك إذا كان الباعث على الكفالة غير مشروع ، وكان الدائن يعلم بذلك ، فالكفالة تنعقد بين الكفيل والدائن .

ويجوز للدائن أن يطالب الكفيل عند حلول أجل الدين . وعادة ما يكون أجل التزام الكفيل هو نفس أجل التزام المدين .

وإذا امتد أجل الوفاء بارادة الدائن أو بحكم القاضى استفاد من ذلك الكفيل ، فلا يمكن مطالبته قبل حلول الأجل الجديد .

وإذا كان سقوط الأجل بسبب يرجع إلى ارادة المدين ، كما فى حالة الافلاس والاعسار واضعاف التأمينات بسبب لايد للمدين فيه ، ففى هذه الحالة يؤدى سقوط أجل الالتزام الأصلى إلى سقوط أجل التزام الكفيل، لأن هذا هو ما تقضى به صفة التبعية التى بين التزام الكفيل بالنسبة للالتزام الأصلى .

وإذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد كانوا غير متضامنين فيما بينهم ، قسم الدين عليهم ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة (م٧٩٢ مدنى) .

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم.

ولكى ينقسم الدين بين الكفلاء ، يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

١- أن يتعدد الكفلاء لدين واحد .

٢- أن يكون الكفلاء قد التزموا بعقد واحد .

٣- أن يكون المدين واحداً .

---

(١) التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور عبد الودود يحيى - المرجع السابق - طبعة ١٩٨٥ .

٤- أن يكون الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم .

إذا توافرت هذه الشروط يقسم الدين بين الكفلاء بقوة القانون ، بمعنى أن كلاً منهم لا يلتزم وقت انعقاد الكفالة إلا بضمان حصته فقط .

الدفوع التى للكفيل :

الدفوع التى يمكن أن يتمسك بها الكفيل ثلاثة :

أ- دفوع ناشئة عن عقد الكفالة .

ب- يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول.

جـ- يمكن للكفيل أن يتمسك بالدفوع المترتبة على عقد الكفالة .

وبناء على الدفوع التى يتمسك بها الكفيل المتعلقة بالالتزام المكفول ، فإنه يستطيع أن يتمسك بجميع الدفوع التى للمدين . والكفيل عندما يتمسك بهذه الدفوع التى لمدينه يكون باسمه هو (الكفيل) .

الدفوع المترتبة على عقد الكفالة :

إلى جانب الدفوع المستمدة من عقد الكفالة ، والدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول يستطيع الكفيل أن يتمسك بنوع ثالث من الدفوع هى تلك المترتبة على عقد الكفالة .

والدفوع المترتبة على عقد الكفالة - هى :

١- الدفع بعدم جواز الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين .

٢- الدفع بعدم اتخاذ الدائن الاجراءات ضد المدين بعد انذار الكفيل له .

٣- الدفع باضاعة التأمينات بخطأ الدائن .

٤- الدفع بالامتناع عن الوفاء حتى يقوم الدائن بما يفرضه عليه القانون لحماية حق الكفيل .

٥- الدفع بالتجريد (م٧٨٨ مدنى) .

والدفع بالتجريد حق أعطاه القانون للكفيل بموجبه يستطيع الكفيل

إذا توافرت شروط معينة أن يمنع الدائن من التنفيذ على أمواله قبل أن ينفذ على أموال المدين ويتضح عدم كفايتها للوفاء بالدين . والحكمة فى عدم هذا الدفع للكفيل هى أن التزامه يأتى بعد التزام المدين الأصلى ، فيجب على الدائن أن يحاول أولاً استيفاء حقه من أموال المدين .

شروط الدفع بالتجريد :

يشترط لكى يستطيع الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد :

١- أن يكون متضامناً مع المدين .

٢- أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع .

٣- أن يرشد الكفيل على نفقته الخاصة إلى أموال المدين الموجودة فى مصر والغير متنازع فيها والتى تكفى الوفاء بالدين .

إذا توافرت شروط الدفع بالتجريد ، وتمسك به الكفيل – تعين على المحكمة قبوله ، وترتب على هذا القبول :

أولاً : أن الدائن لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أموال .

ثانياً : يجب على الدائن أن ينفذ على أموال المدين التى أرشد عنها الكفيل ، وإلا فإنه يكون مسئولاً قبل الكفيل عن اعسار المدين .

فإذا باشر الدائن أى اجراء من اجراءات التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين ، فإن هذا الاجراء يكون باطلاً .

انقضاء الكفالة :

التزام الكفيل لا ينشأ مستقلاً بذاته ، وإنما ينشأ تابعاً للالتزام الأصلى الذى يقع على عاتق المدين . ويترتب على هذا أن التزام الكفيل ينقضى بصفة تبعية إذا انقضى الالتزام المكفول بأى سبب من أسباب انقضاء الالتزام كالوفاء والتجديد والمقاصة .

والتزام الكفيل له مقوماته الخاصة ، وينقضى بصفة أصلية بأحد الأسباب العامة التى ينقضى بها أى التزام آخر .

وإلى جانب هذه الأسباب العامة التى ينقضى بها التزام الكفيل

بصفة أصلية ، توجد أسباب خاصة أخرى ترجع إلى أن الكفيل يلتزم بوفاء دين على غيره ، وهو إذا وفىّ الدين يرجع بما وفاه على المدين ، ولذلك يجب على الدائن إلا يهمل في الرجوع على المدين مما قد يترتب عليه الاضرار بالكفيل . كما يجب عليه أن يحافظ على التأمينات حتى يستفيد منها الكفيل – إذا اضطر لوفاء الدين – في رجوعه على المدين ، فإذا أهمل الدائن في اتخاذ الاجراءات ضد المدين ، أو أضاع بخطئه الضمانات التي كانت للمدين ، فإن ذمة الكفيل تبرأ ، أي ينقضي التزامه بقدر ما أصابه من ضرر نتيجة اهمال الدائن أو بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات .

كما تنقضي الكفالة بصفة تبعية إذا انقضى الالتزام الأصلي بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام بصفة عامة وهي الوفاء والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة واستحالة التنفيذ والابراء والتقادم (١) .

ويذهب الدكتور محمد علي امام أن الغرض من الكفالة هو ضمان الوفاء بالالتزام المكفول . ولذلك تنحصر آثار الكفالة في أنها ترتب في جانب الكفيل التزامًا بوفاء الدين للدائن إذا تخلف المدين عن أدائه .

والكفيل جدير بالرعاية خاصة أنه يؤدي في الأصل خدمة مجانية لصالح الدائن أو المدين ، لذلك قرر المشرع للكفيل الحق في أن يدفع مطالبة للدائن بطائفة من الدفوع يستمدها إما من الالتزام الأصلي ، وإما من التزامه هو شخصيًا وإما من طبيعة الكفالة باعتبارها ترتب مسئولية تبعية لا أصلية . فالكفيل له الحق في التمسك بالدفوع التي للمدين الأصلي . كما أن له كذلك أن يتمسك بكل أوجه الدفع المتصلة بالتزامه كبطلان الكفالة أو ابطالها ، لذلك قرر الشارع للكفيل طائفة من الدفوع لدفع مطالبة الدائن مؤقتًا .

كذلك قرر له الدفع بالتجريد حتى يوقف اجراءات التنفيذ على

---

(١) ينظر في تفصيل شرح هذه الأسباب : التأمينات الشخصية والعينية – المرجع السابق – للدكتور عبد الودود يحيى – ص٩٨ حتى ص١٠٠ .

أمواله طالما لم يتم التنفيذ على أموال المدين ويتضح عدم كفايتها للوفاء بالدين . وإذا تعدد الكفلاء قسم الدين بينهم .

الدفع بالتجريد :

يقضى المنطق بأن ينفذ الدائن أولاً على أموال المدين ، فإذا اتضح له عدم كفايتها لسداد الدين ، قام بالتنفيذ على أموال الكفيل . وإذا كانت أموال المدين كافية لوفاء الدين ، فإن الدائن سوف يستوفى مطلوبه منها . ولن تكون هناك حاجة بعد ذلك لاجراءات أخرى سواء من جانب الدائن ضد الكفيل أو من جانب الكفيل ضد المدين فى حالة وفائه بالدين عنه .

وقد نصت المادة ٢/٧٨٨ مدنى على الدفع بالتجريد .

ويرى الدكتور محمد على امام (١) انه من الأفضل أن يكون التجريد الزامياً على الدائن أى أن يكون حقاً حتمياً للكفيل وليس مجرد دفع كما هو الحال بالنسبة لحق التقسيم .

شروط الدفع بالتجريد :

١- الدفع بالتجريد لا يكون إلا للكفيل غير المتضامن ، لأن للدائن أن يرجع على أى المتضامنين وأن ينفذ عليه مباشرة بكل الدين . (م٧٩٣ مدنى) .

٢- الا يكون الكفيل قد تنازل عن التجريد والتنازل كما يكون صريحاً يكون ضمنياً .

٣- أن يرشد الكفيل الدائن إلى أموال للمدين تكفى لسداد الدين بتمامه .

٤- أن يتمسك الكفيل بالتجريد (٢) .

---

(١) التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور محمد على امام - المرجع السابق - ص٩٦ وما بعدها .

(٢) ينظر فى شرح تفصيلى لهذه الشروط - التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور محمد على امام - المرجع السابق - ص٩٧ وما بعدها .

ويترتب على قبول الدفع بالتجريد عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله . فإذا قام الدائن رغم ذلك بالتنفيذ على أموال الكفيل قبل أن يتم تجريد المدين كانت الاجراءات باطلة .

فالدفع بالتجريد ينصرف أثره إلى اجراءات التنفيذ ، وهو لا يعطل حق الدائن فى مطالبة الكفيل والحصول على حكم يلزمه بالدين ، وكل ما للكفيل أن يدفع هذه المطالب

بعدم جواز رجوع الدائن عليه وحده قبل رفع الدعوى على المدين (م٧٨٨ فقرة أولى مدنى) . ونص الفقرة الثانية صريح فى أن أثر الدفع بالتجريد ينصرف فقط إلى اجراءات التنفيذ ، حيث أنه فى حالة الدفع بالتجريد لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن يجرد المدين من أمواله .

وإذا دفع الكفيل بالتجريد قبل بدء اجراءات التنفيذ ضده أو أثناء سيرها عن طريق الاستشكال فيها ، وجب على الدائن أن يوقف التنفيذ حتى يفصل القاضى فى الدفع . فإذا تبين للمحكمة أن شروط التجريد متوافرة تعين عليها قبول الدفع والحكم بوقف الاجراءات حتى يتم تجريد المدين من الأموال التى أرشد إليها الكفيل . ويترتب على وقف الاجراءات منع الاستمرار فيها بعد ذلك ، وإلا وقعت باطلة ، وكذلك الغاء ما تم منها وتعطيل آثاره ، فيلغى مثلاً تنبيه نزع الملكية الموجه من الدائن للكفيل ويزول ما ترتب عليه من تسجيل ، كما تلغى اجراءات الحجز التنفيذى الموقع على منقولات الكفيل أو الحجز التنفيذى الموقع تحت يد الغير .

على أن وقف اجراءات التنفيذ لا يمنع الدائن من اتخاذ الاجراءات التحفظية والسير فيها .

ويعتبر من قبيل الاجراءات التحفظية التى يجوز للدائن اتخاذها رغم قبول الدفع بالتجريد حصوله على اختصاص على عقارات الكفيل . فالاختصاص بطبيعته مجرد اجراء تحفظى يهدف إلى حماية الدائن ضد تهريب المدين لأمواله وهو لا يدخل ضمن اجراءات التنفيذ التى يترتب على الدفع بالتجريد وقفها .

تجريد المدين من التأمين العينى :

وأجاز المشرع للكفيل أن يطالب بتجريد المدين من مال معين حتى ولو كان هذا المال غير كاف لوفاء الدين ، ويتحقق ذلك فى حالة ما يكون الدين المكفول مضموناً بتأمين عينى خصص للوفاء به وقت الكفالة أو قبلها (م٧٩١ مدنى) .

ويلزم لتصبيق هذا النص ، توافر الشروط الآتية :

١- أن يكون الدين المكفول مضموناً أيضاً بتأمين عينى ، ولا اهمية أن يكون التأمين العينى وارداً على منقول أو عقار .

٢- أن تكون الكفالة قد قامت بعد التأمين العينى أو معه .

٣- أن يكون التأمين العينى قد تقرر على مال مملوك للدين (م٧٩١ مدنى) .

٤- أن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين (١).

فإذا توافرت هذه الشروط كان للكفيل أن يطلب من الدائن عدم التنفيذ على أمواله إلا بعد التنفيذ على التأمين العينى المخصص للوفاء بالدين المكفول . وهذا الحق مقرر لمصلحة الكفيل فلا بد من التمسك به (م٧٩١ مدنى) .

حق التقسيم عند تعدد الكفلاء :

من الجائز - أحياناً - أن يتعدد الكفلاء ، فيضمن المدين اكثر من كفيل ، فالمسئولية توزع بينهم فلا يسأل كل منهم إلا عند نصيبه فى الدين . وعلى ذلك يلتزم الدائن عند مطالبته لهؤلاء الكفلاء بأن يقسم الدين عليهم ، أى لا يطالب كلاً منهم بمجموع الدين بل بقدر حصصهم ، وهذا ما نصت عليه المادة ٧٩٢ مدنى .

شروط التقسيم :

وشروط التقسيم ، خمسة ، هى :

---

(١) ينظر فى تفصيل شرح هذه الشروط : التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور محمد على امام - المرجع السابق - ص١٠٩ حتى ص١١١ .

١- وجوب أن يكون هناك تعدد كفلاء .

٢- أن لا يكون الكفلاء متضامنين .

٣- أن يكون الكفلاء قد تعهدوا بضمان دين واحد .

٤- أن يكون الكفلاء قد التزموا جميعاً بضمان مدين واحد .

٥- أن تكون الكفالة بعقد واحد (١) .

الكفالة التضامنية :

يرغب الدائن عادة فى تقوية ضمانه فيشترط تضامن الكفيل إما مع المدين حتى يتجنب الدفع من الكفيل بعدم جواز مطالبته وحده قبل الرجوع على المدين ، وليمنعه من الدفع بالتجريد ، وإما يشترط تضامنه مع بقية الكفلاء فلا يستفيد من التقسيم .

وإذا وجد التضامن بصورتيه كانت الكفالة فى مركز قوى من حيث ضمان الوفاء ، واقترب مركز الكفيل المتضامن مع من حيث مسئوليته مباشرة عن كل الدين .

والكفالة تكون تضامنية إذا اشترط ذلك فى العقد صراحة أو أفادت ذلك عبارات لا تدع مجالاً للشك فى تضامنه . وتضامن الكفيل مع المدين أو مع باقى الكفلاء كاف .

وكذلك تكون الكفالة تضامنية إذا نص القانون كذلك ، كما جاء بالمادة ١٣٩ من القانون التجارى التى تقرر أن من يوقع على كمبيالة كضامن احتياطى يكون مسئولاً عن الوفاء بقيمتها على وجه التضامن كذلك ما قررته المادة ٧٩٥ مدنى من أنه فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين .

مع ملاحظة أن الكفيل المتضامن ليس كالمدين المتضامن وإنما كالكفيل العادى التزم بالدين تبعاً لالتزام المدين الأصلى . كما أنه وفقاً للمادة ٧٩٤ مدنى يتضح أن الكفيل المتضامن يظل كفيلاً ملتزماً

---

(١) يراجع فى تفصيل شروط هذا التقسيم : التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور محمد على امام - المرجع السابق - ص١١٣ حتى ص١١٥ .

بالدين بصفة تبعية بعكس المدين المتضامن الذى يلتزم التزاماً أصلياً .

وبناء على ذلك يكون للكفيل المتضامن الحق فى التمسك بكل الدفوع التى يحتج بها الكفيل العادى فيما عدا الدفع بعدم جواز مطالبته قبل الرجوع على المدين ، والدفع بالتجريد ، وحق التقسيم .

الصلة بين الكفالة والتضامن السلبى ، وأوجه الاختلاف بينهما :

يعتبر كل من الكفالة والتضامن بين المدينين صورة من صور التأمين الشخصى ، فهما يؤديان وظيفة واحدة هى توفير ضمان شخصى للدائن ، أساسه ضمن ذمة شخص أو أكثر إلى ذمة المدين ، فيقوى بذلك أمله فى ضمان الوفاء دون أن تتغير صفته كدائن عادى .

والكفالة ، تاريخياً ، نشأت من التضامن ، فقد كانت فى مبدأ أمرها صورة منه ، ثم شيئاً فشيئاً انفصلت عنه واستقلت بطابعها الخاص .

على أنه تقوم بين الكفالة والتضامن السلبى فوارق أساسية مردها أن الكفيل فى علاقته بالدائن يلتزم تبعاً ، فهو مسئول عنه فى المرتبة الثانية ، أما المسئول الأول والأساسى فهو المدين ذاته . أما المدين المتضامن – على خلاف ذلك – فهو يلتزم قبل الدائن التزامًا أصليًا بالدين هو وجميع المدينين المتضامنين معه .

وبعبارة أخرى فإنه فى حالة الكفالة والتضامن توجد أكثر من رابطة تربط الدائن بالملتزمين بالدين ، والقاعدة فى الكفالة هى تبعية رابطة الكفيل لرابطة المدين ، فى حين أنه فى التضامن الأصل هو استقلال وانفصالها عن بعضها .

ويوجد فى دراسة أركان الكفالة (انعقادها) وآثار مظاهر للخلاف بين الكفالة والتضامن ، وسوف نعرض لبعض منها – لاحقًا – عند الكلام على انقضاء الكفالة .

والمصاهر الاختلاف بين الكفالة والتضامن تتجلى – أساساً – فى قيام كل منهما ، فمصدر الكفالة هو دائمًا الاتفاق . أما التضامن فقد يكون مصدره الاتفاق أو نص القانون .

والكفالة عقد تابع ، بينما التضامن !'دين المتضامن ملتزم التزاماً أصلياً عن التزام المدين الآخر بالوفاء بالدين .

ومن حيث آثار الكفالة والتضامن ، أى علاقة الدائن بكل من الكفيل والمدين المتضامن ، فالكفيل قد خصه المشرع بطائفة من الدفوع - بوصفه مسئولاً . عن الوفاء بالدين من الدرجة الثانية - خصه بطائفة من الدفوع - أو المزايا - منها الدفع بالتجريد وحق التقسيم وعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين الأصلى ، وبراءة ذمته بسبب اضاعة الدائن للتأمينات - بينما لا توجد هذه الدفوع - المزايا - فى التضامن .

وفى حالة انقضاء الالتزام المدينون المتضامنون على قدم المساواة والاستقلال ، بمعنى أن براءة ذمة أحدهم قد يترتب عليها براءة ذمة الآخرين كلياً أو جزئياً وقد لا يترتب فى حين أن الكفيل تابع للمدين يبرأ حتماً فى كل الأحوال بمجرد براءة ذمة المدين (١) .

دعوى الحلول :

لا يصح للكفيل الرجوع على المدين قبل وفائه بالدين ، إذ أن دعوى التعويض لا محل لها قانوناً فى هذه المسألة .

وطبقاً للقواعد العامة إذا قام شخص غير المدين بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه ، بإحدى دعويين : الدعوى الشخصية (م٣٢٤ مدنى) ، ودعوى الحلول (م٣٢٦ مدنى) .

على أن الدائن ملتزم طبقاً لنص المادة ٧٨٧ مدنى بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع .

وقد طبق المشرع المبدأ الوارد فى المادة ٣٢٦ مدنى فى باب الكفالة فى المادة ٧٩٩ مدنى خاصاً بدعوى الحلول .

ورجوع الكفيل على المدين يكون بنفس الحق الذى كان للدائن قبله

---

(١) التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور محمد على امام - المرجع السابق - ص١٢٣- وما بعدها .

وتوابعه ، وبدفوعه ، ومضموناً بتأميناته (١) .

علاقة الكفلاء فيما بينهم :

قد يتعدد الكفلاء ،ومع ذلك يقتصر التزام كل منهم على نصيبه من الدين . ويتحقق ذلك فى حالة ما تكون كفالتهم للمدين قد حصل التعهد بها منهم جميعاً فى عقد واحد ولم يشترط التضامن بينهم (م٧٩٢ فقرة أولى مدنى) ، أو إذا تعهدوا بكفالة المدين بعقود متوالية ولكنهم احتفظوا لأنفسهم بحق التقسيم (م٧٩٢ فقرة ٢ مدنى) – ففى هذه الحالة يقتصر التزام كل كفيل منهم على نصيبه من الدين حتى لو أفلس أو أعسر أحدهم أو بعضهم بعد الكفالة وقبل وفاء الدين ، ويلزم الدائن بتقسيم الدين عليهم ، فلا يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه ، وفى هذه الحالة لا مجال لرجوع أى منهم على الآخرين ، إذ هو لا يلتزم إلا بوفاء نصيبه .

ويرجع الكفيل الذى وفىّ كل الدين على الكفلاء الآخرين كل منهم بقدر حصته فيه ونصيبه فى حصة المعسر منهم . وهذا تطبيق للقواعد العامة فى حالة تعدد الملتزمين بوفاء التزام واحد ، كما أن المادتين ٢٩٧، ٢٩٨ مدنى قد نصتا على هذا المبدأ فى تضامن المدينين ، كما نصت عليه أيضاً المادة ٧٩٦ مدنى فى تضامن الكفلاء (٢) .

انقضاء الكفالة :

تنقضى الكفالة إما بصفة تبعية ، وإما بصفة أصلية .

فهى تنقضى بصفة تبعية بانقضاء الالتزام الأصلى تطبيقاً للقاعدة العامة التى تقول أن التابع يتبع الأصل ، كما أنه نص على هذا المبدأ فى المادة ٧٨٢ مدنى .

---

(١) ينظر فى تفصيل تأصيلاً لدعوى الحلول ، والفرق بينها وبين الدعوى الشخصية المقررتان للكفيل للرجوع على المدين بما وفاه : التأمينات الشخصية والعينية – للدكتور محمد على امام – المرجع السابق – ص١٤٤ وما بعدها .

(٢) راجع فى علاقة الكفلاء فيما بينهم : التأمينات الشخصية والعينية – للدكتور محمد على امام – المرجع السابق – ص١٦٠ وما بعدها .

وحتى تنقضى الكفالة بطريق التبعية يجب أن يكون انقضاء الالتزام الأصلى نهائياً .

كما تنقضى الكفالة بالوفاء والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء واستحالة الوفاء والتقادم .

وتنقضى الكفالة بصفة أصلية بالأسباب العامة لانقضاء الالتزامات ، وبأسباب خاصة بها ، بوفاء الدين ، والمقاصة ، والتجديد ، والابراء ، والتقادم .

أما أسباب الانقضاء الخاصة بالكفالة ، ترجع أساساً إلى أن الأصل العام براءة ذمة الكفيل بقدر ما يصيبه من ضرر بفعل الدائن ، فمن واجب الدائن ألا يهمل فى مطالبة المدين اهمالاً يترتب عليه تعذر استيفاء الدين كله أو بعضه من المسئول عنه أصلاً ، وإلا فهو يرتب بفعله ضرراً للكفيل يسأل عنه . ومن قبيل ذلك أن يفلس المدين فلا يتقدم الدائن فى التفليسة بالدين مع أن ذلك هو سبيله الوحيد إلى مطالبته ، فيعتبر ذلك تقصيراً من جانبه يسأل عن الضرر المترتب على اهماله للكفيل .

ولا يجوز للدائن أن يصدر كما يحول دون رجوع الكفيل الذى أوفى دين المدين ، وسبيل تعويض الضرر هو تقرير براءة ذمة الكفيل من الكفالة بقدر ما أصابه من ضرر [1] .

---

(١) راجع شرحًا تفصيليًا فى أسباب انقضاء الكفالة بنوعيها : التأمينات الشخصية والعينية – للدكتور محمد على امام – المرجع السابق – ص١٦٩ وما بعدها .

الفصل الثانى
الكفالة فى قضاء النقض

١- مقتضى التضامن نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحد، أنه يجوز للدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين ولا يجوز للمدين الذين دفع الدين أن يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما ، ولأنه إنما دفع عن نفسه .

(نقض جلسة ١٧/٢/١٩٦٦ ص٣٢٩ ،
٢١/١١/١٩٦٧ السنة ١٨ ص١٧١٧)

٢- لما كان المتبوع وهو فى حكم الكفيل المتضامن لا يستطيع الرجوع على تابعه عند وفاته للدائن المضرور بالدعوى الشخصية التى قررها القانون فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى للكفيل قبل المدين وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة [illegible] الدائن وحده وضمان المتبوع لأعمال تابعه وهو ضمان قرره ـن لمصلحة الدائن المضرور وحده فإنه لا يكون للمتبوع فى رجوعه المدين إلا دعوى الحلول المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى وهى تطبيق للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المذكور والتى تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزمًا بوفاء الدين عن المدين .

(نقض ٢٢/٢/١٩٦٨ السنة ١٩ ص٣٣٠)

الحكم الصادر ضد أحد المدينين المتضامنين لا يحتج به على الباقين (م٢٩٦ مدنى) ومن باب أولى لا يكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين .

(الحكم السابق)

٣- الكفالة عقد ينطوى على تبرع فلا يسوغ اجراؤه بطريق الوكالة إلا بعد إثبات توكيل خاص به (المادة ٥١٦ مدنى) . فالتوقيع على عقد

الكفالة ، بناء على توكيل مرخص فيه للوكيل بالاقرار والصلح ، لا يصح .

والتوكيل العام فى جنس عمل وإن كان معتبراً بدون نص على موضوع العمل لا يسرى على التبرعات (المادة ٥١٧ مدنى) .

(الطعن ٢٠ لسنة ١٧ق - جلسة ١٩٤٨/٣/٢٥)

٤- الكفالة من عقود التبرع فيجب عملاً بالمادتين ٥١٦ و٥١٧ مدنى أن يكون بيد الوكيل الذى يكفل الغير نيابة عن موكله تفويض خاص بذلك ، فإذا نص التوكيل على تخويل الوكيل أن يرهن ما يرى رهنه من أموال الموكل ويقرض مقابل الرهن فإنه يكون مقصوراً على الاستدانة ورهن ما يفى بالدين من أملاك الموكل . ولا يجوز الاعتماد عليه فى أن يكفل الوكيل باسم موكله مديناً وأن يرهن أطيان الموكل تأميناً للوفاء بالدين .

(الطعن ٣ لسنة ٧ق - جلسة ١٩٣٧/٤/١)

٥- تجوز كفالة الدين المستقبل طبقاً لأحكام القانون المدنى القديم الذى نشأ الالتزام بالكفالة موضوع النزاع فى ظله ، ولو لم يتعين هذه الكفالة مقدماً ، مادام تعيينه ممكناً فيما بعد .

(الطعن ٣٢٣ لسنة ٣٧ق - جلسة ١٩٧٢/٥/٩ س٢٣ ص٨١٩)

٦- الكفالة يمكن أن ترد على أى التزام متى كان صحيحاً وأيا كان نوعه أو مصدره مادام يمكن تقديره نقداً أو يترتب على عدم تنفيذه الحكم بتعويضات ، وليس فى أحكام الكفالة ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد فى ذمة عاقديه كليهما بأن يتعهد لكل منهما بأن يفى له بالتزام المتعاقد الآخر فى حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به ، وفى هذه الحالة ينعقد عقد الكفالة بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائناً للآخر بالالتزامات المترتبة له فى ذمته بمقتضى العقد الأصلى المبرم بينهما .

(الطعن ١٩٢ لسنة ٣٥ق - جلسة ١٩٦٩/٤/١٧ س٢٠ ص٦١٦)

٧- النص فى المادة ١/٧٧٩ من التقنين المدنى على أن « كفالة الدين

التجارى تعتبر عملاً مدنيًا ، ولو كان الكفيل تاجراً . على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائمًا عملاً تجارياً » يدل على أن الأصل فى الكفالة أن تعتبر عملاً مدنياً وتبقى الكفالة عملاً مدنياً بالنسبة للكفيل حتى ولو كان الالتزام المكفول التزاماً تجارياً أو كان كل من الدائن والمدين تاجراً وكان الكفيل نفسه تاجراً وذلك استثناء من القاعدة التى تقضى بأن التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول لأن الأصل فى الكفالة أن يكون الكفيل متبرعاً لا مضارباً فهو اذن لا يقوم بعمل تجارى بل بعمل مدنى .

(الطعن ١٠٤١ لسنة ٤٧ق - جلسة ١٩٨١/٣/٢ س٣٢ ص٧٣٧)

٨- النص فى المادة ٧٧٢ من القانون المدنى على أن « الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يفى به المدين نفسه » يدل على أن الكفالة ترتب التزامًا شخصيًا فى ذمة الكفيل مما مؤداه أن التزام الكفيل لا ينقضى بموته وإنما يبقى هذا الالتزام فى تركته وينتقل إلى ورثته .

(الطعن ١٥٠٨ لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٧/٣/٢)

٩- إن نص المادة ٤٩٥ من القانون المدنى صريح فى أن الكفالة تقع صحيحة ولو لم يعلم بها المدين فسيان إذن إن كان راضيًا بها أم غير راض .

(الطعن ٣ لسنة ٣ق - جلسة ١٩٣٣/٥/٤)

١٠- إن جسامة الخطر الذى ينشأ عنه الاكراه إنما تقدر بالمعيار النفسى للشخص الواقع عليه الاكراه وهذا يستدعى مراعاة حالته عملاً بالمادة ١٣٥ من القانون المدنى فإذا كان الكفيل قد دفع ببطلان الكفالة للاكراه قولاً منه بأنه كان له فى ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب فضاع منه السند فلجأ إلى مدينه ليكتب له بدلاً منه فأبى إلا إذا وقع هو له اقراراً بكفالة أخيه فى دين له قبله فلم يجد مناصاً من القبول - فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن ليؤثر فى ارادة الكفيل وهو رجل مثقف خبير بالشئون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذى يعيب رضاءه بكفالة أخيه فهذا رد سديد .

وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند بحكم كونه واقعة لا يد للمكفول له فيها لا يكون الاكراه المبطل للعقود ، فهذا تزيد منه لا يعيبه أن يكون قد أخطأ فيه .

(الطعن ٢٧ لسنة ١٧ق – جلسة ١٩٤٨/٤/١)

١١- إذا قضت المحكمة بأن الكفالة المعطاة لشخص عندما يرسو عليه مزاد استئجار أطيان إنما كانت عن ايجار هذه الأطيان المعينة التى لم يتم استئجارها ، وأنها لا تنسحب على ايجار أطيان أخرى تم استئجارها من صاحب الأطيان الأولى ، فلا شأن لمحكمة النقض بها متى كانت قد أوردت فى أسباب حكمها الاعتبارات التى رأت أنها هى التى حملت الكفيل على الكفالة المقدمة ، وأبرزت ما بين عملية الايجار التى تمت والعملية التى لم تتم من مغايرة ، وكان ما انتهت إليه من ذلك غير متعارض مع عبارات عقد الكفالة .

(الطعن ٢٩ لسنة ٩ق – جلسة ١٩٣٩/١١/٢٣)

١٢- إن الشارع قد وكل إلى المحكمة التى يقدم الكفيل إليها دفعه بتجريد المدين أمر الفصل فيما إذا كان الظاهر من أموال المدين الجائز حجزها يفى بأداء الدين بتمامه ، ثم الحكم بايقاف المطالبة الحاصلة للكفيل ايقافًا مؤقتًا أو بعد ايقافها على حسب الأحوال ، مع عدم الاخلال بالاجراءات التحفظية ، فلا رقابة لمحكمة النقض على ما تراه محكمة الموضوع فى ذلك .

(الطعن ٧٨ لسنة ٦ق – جلسة ١٩٣٧/١/٢١)

١٣- للكفيل غير المتضامن أن يتمسك فى أى وقت يكون مناسبًا بالدفع بتجريد المدين . وذلك ما لم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عن هذا الدفع .

فإذا كان عليه أن يبين للدائن ما عساه يكون للمدين من مال جائز الحجز عليه لاستيفاء دينه منه، وأن تقديمه لهذا البيان على دفعة واحدة وعند البدء فى التنفيذ فإن له كذلك أن يبين ما يكون قد آل للمدين من مال بسبب جديد . وإذن فإذا كان الكفيل عند اعلانه من الدائن بتنبيه

نزع الملكية قد بادر إلى المعارضة للدائن فى الميعاد القانونى مبيناً له ما يمتلكه المدين مما يجوز له أن يستد بدينه منه ، ثم لما جد للمدين ميراث بادر أيضاً إلى اعلان الدائن بأن مدينه قد ورث ما يمكنه أن يستد بدينه منه بغير رجوع عليه ، فإنه لا يصح اعتباره متوانياً فى الدفع بتجريد المدين من هذا الملك الجديد الذى آل إليه ولا تاركًا له بمقولة أنه فاته أن يبديه عند البدء فى التنفيذ . ولذلك لا تكون المحكمة مخطئة فى تطبيق القانون إذا هى بحثت فى قيام هذا الملك وإمكان استيفاء الدائن دينه منه.

(الطعن ٧٨ لسنة ٦ق – جلسة ١٩٣٧/١/٢١)

١٤- إن إمهال المؤجر المستأجر فى الوفاء بأجرة الأرض لا تأثير له فى التزام الكفيل ، وعدم توقيع الحجز التحفظى على الزراعة لا يعتبر تقصيراً مخليًا لذمة الكفيل مما ينطبق عليه حكم المادة ٥١٠ من القانون المدنى مادام هذا الحجز يتعارض مع الامهال الذى هو حق مطلق للمؤجر ومادام للكفيل بمقتضى المادة ٥٠٢ – على الرغم من ذلك الامهال – مطالبة المستأجر وتوقيع الحجز التحفظى على ما يضمن الأجرة المستحقة .

(الطعن ٦٩ لسنة ٢ق – جلسة ١٩٣٣/٢/٢)

١٥- إن المراد من عبارة « ايقاف المطالبة الحاصلة للكفيل » الوارد ذكرها فى المادة ٥٠٢ من القانون المدنى هو الكف عن متابعة السير فى اجراءات التنفيذ مع عدم الاخلال بالاجراءات التحفظية وهذا لا يتعارض مع قضاء المحكمة بالغاء تنبيه نزع الملكية المعلن إلى الكفيل ومحو ما يترتب عليه من التسجيلات .

(الطعن ٧٨ لسنة ٦ق – جلسة ١٩٣٧/١/٢١)

١٦- إذا حصلت محكمة الاستئناف من أوراق الدعوى أن للمدين أموالاً كان الدائن يمكنه التنفيذ عليها والاستداد بدينه منها ، ولم يكن هناك من موجب لرجوعه على أموال الكفيل الذى لم يكن متضامناً فى السداد ، فإن تحصيل هذا الفهم لا يدخل فى رقابة محكمة النقض متى كان مستقى من مصادر صالحة لأن تؤدى إليه .

(الطعن ٧٨ لسنة ٦ق – جلسة ١٩٣٧/١/٢١)

١٧- إذا كان الثابت من نصوص عقد الاجارة والمحرر المثبت لالتزام كفيل أحد المستأجرين أن التأمين المشترك عن وفاء الأجرة هو بقدر أجرة سنة ، وأن الكفيل كفل أحد المستأجرين فى نصف مبلغ التأمين ، وأن المستأجر الآخر المتضامن معه قدم رهناً عقارياً عما يخصه فى التأمين ، وقبل المؤجر هذين التأمينين ، الشخصى والعينى ، فإن التكييف الصحيح لهذه الكفالة هو أنها كفالة شخصية مقصورة على المكفول وبقدر ما هو ملزم به . فإذا جعلتها المحكمة متعدية إلى الشريك فى الاجارة ، وألزمته بناء على ذلك بمقدار ما دفعه الكفيل عن مكفوله ، فهذا تكييف خاطئ يستوجب نقض الحكم . ذلك لأن القانون يقضى بأن الكفيل الذى يضمن أحد المدينين المتضامنين يملك قبل من كفله منهم الحق فى المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملاً بالمادة ٥٠٥ من القانون المدنى ، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سببين :

الأول : أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم فى المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم ، وذلك عملاً بالمادة ١٤١ من القانون المدنى .
والثانى : أن يرجع عليهم بدعوى الاثراء على حساب الغير عملاً بالمادة ١٤٤ .

(الطعن ٣٤ لسنة ٦ق - جلسة ١٩٣٧/١/٧)

١٨- إن ما ورد بالمادة ١١٠ من القانون المدنى (القديم) من أن (مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى بالدين يسريان على باقى المدينين) هو استثناء من الأصل الذى من مقتضاه أن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة الرسمية بالدين لا يتعدى أثره من وجه إليه الطلب ، ومن ثم وجب أن يلتزم فى تفسيرها ما ورد به صريح نصها ، وأن تحصر آثار النيابة المتبادلة المفترضة قانوناً بين المدينين المتضامنين فى حدود التزامهم الأصلى - كمقتضى النص - فلا يجوز أن يسرى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مديناً أصلياً ، بل يبقى التزامه تبعياً وأن كان لايجوز له التمسك بالزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء أو التنفيذ على أمواله أولاً وينبنى على كون التزام الكفيل

تابعاً لالتزام المدين أنه ينقضى حتماً بانقضائه ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة للكفيل ولا فرق فى هذا الحكم بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بالزام الطاعن بالدين أسس قضاءه على أن الدين المطالب به حق وفاؤه فى ٣٠ من سبتمبر سنة ١٩٣٠ وأن الدعوى رفعت على الضامن المتضامن فى ١٠ من أكتوبر سنة ١٩٤٤ أى قبل سقوط حق المطعون عليها الأولى فى المطالبة به وعلى أن رفع الدعوى على الضامن المتضامن يقطع مدة التقادم بالنسبة له وللمدينين على السواء لأن مطالبته بالدين تعتبر مطالبة لهم يترتب عليها أثرها ، فتقطع المدة بالنسبة إليهم جميعاً عملاً بالمادة ١١٠ مدنى (قديم) . فإن ما قرره هذا الحكم يكون خطأ فى تطبيق القانون يستوجب نقضه فى هذا الخصوص .

(الطعن ١٤٣ لسنة ٢٠ق – جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤)

١٩- إن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين لا تغير مدة التقادم بالنسبة للكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه معه.

(الطعن ٢٣ لسنة ١٠ق – جلسة ١٩٤٠/٦/٦)

٢٠- إن الشارع لم يقصد التسوية بين المدين المتضامن والكفيل المتضامن فى الحكم الذى نص عليه بالمادة ١١٠ من القانون من أن مطالبة أحد المدينين مطالبة رسمية واقامة الدعوى عليه بالدين يسريان على باقى المدينين ، بل محل هذا الحكم أن يكون التضامن الذى يربط المتعهدين بعضهم ببعض ناشئًا من مصدر واحد . وإذن فمطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين ، كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائه لاتحاد المركز والمصلحة اتحاداً اتخذ منه القانون أساساً لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم . ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ ساريًا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض لا فيما بين المدين وكفيله المتضامن معه .

(الطعن ١١ لسنة ١٥ق – جلسة ١٩٤٦/١/١٧)

٢١- إن القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتسوية الديون العقارية إنما أريد به مصلحة المدين لا غيره فهو وحده ، دون الكفلاء ، الذى يستفيد من المادة ١٠ من ذلك القانون فيما يختص بالفوائد .

(الطعن ١٤ لسنة ١٥ق – جلسة ١٩٤٥/١١/٢٤)

٢٢- إن المادة ١٤ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢ الخاص بتسوية الديون العقارية بعد أن ذكرت أن الديون المضمونة بكفيل تكون محلاً للتخفيض ، عقبت على ذلك بقولها « على أن هذا التخفيض لا يحول دون رجوع الدائن على الكفيل » . ومع صراحة هذا النص لا يصح التحدى فى هذا المقام بما نصت عليه المادة ٥٠٩ من القانون المدنى منه أنه « يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج المدين بها ما عدا الأوجه الخاصة بشخصه » . بل الواقع أن الشارع إذ أورد ذلك الحكم فى المادة ٥٠٩ إنما قصد أن يعارض به حكم هذه المادة التى كانت تحت نظره وفى حسابه .

ولا يصح الاعتراض بأن عقد الكفالة إنما هو عقد تابع للالتزام الأصلى فلا يقوم إلا بقيامه ، ومع ابراء ذمة المدين من بعض الدين لا يكون للالتزام الأصلى بالنسبة إلى باقى الدين وجود واذن لا يكون لعقد الكفالة وجود – لا يصح لأن الرجوع على الكفيل هنا مستمد من القانون فهو قائم على أساس مستقل لا يتأثر بما يتأثر به الالتزام الأصلى .

(الطعن ١٤ لسنة ١٥ق – جلسة ١٩٤٥/١١/٢٢)

٢٣- إن القانون إذ جعل للمشترى فى حالة ظهور سبب يخشى منه نزع ملكية المبيع حق حبس الثمن إلى أن يزول هذا السبب قد ألزمه بدفع الثمن متى طلبه البائع وقدم له كفالة ، فإن هو لم يدفع الثمن بعد ذلك كان للبائع الحق فى طلب فسخ البيع . فإذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن المشترين قد تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم القسط الثانى منه وكان هذا البيع ملحوظاً فيه وفاء الديون التى على العين المبيعة من الثمن ثم أنذرهم بايداع [illegible] خزانة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفيهم ديونهم

مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها ومع ذلك لم يودعوا فطلب البائع فسخ البيع فقضت المحكمة برفض هذا الطلب مؤسسة حكمها على مجرد أن المشترين استخرجوا في نفس الشهر الذي حصل فيه البيع شهادة عقارية دالة على أن العين المبيعة كانت مثقلة باثني عشر تسجيلاً أربت على ألفي جنيه وأن هذه الشهادة شملت جملة تنبيهات عن نزع ملكية العين وأن هذه الحالة تشفع للمشترين في حبس الثمن لمثول خطر نزع الملكية فهذا القضاء يكون مخالفًا للقانون . إذ الايداع بالخزانة هو خير كفالة يمكن أن يطالب بها المشتري فعليه متى طلب إليه ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع . ولا يعد عذراً في حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه مادام المشتري غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن ومادام هو ليس له أن يطلب أكثر من تطهير العين قبل صرف الثمن إلى البائع .

(الطعن ٢٠ لسنة ١٤ق – جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١)

٢٤- إذا رفضت المحكمة الابتدائية طلب الكفيل الترخيص له في ادخال المدين ضامناً بعد أن قضت بإثبات تنازل الدائن عن مخاصمته (أي المدين) ولم يكن في حكم محكمة الاستئناف ما يدل على أن الكفيل قد تمسك أمامها بهذا الدفع ولم يقدم الكفيل إلى محكمة النقض ما يدل على أنه أثاره أمام محكمة الاستئناف فلا يجوز له الادلاء به أمام محكمة النقض مدعياً وقوع اخلال بحقوقه في الدفاع .

(الطعن ١٤ لسنة ١٥ق – جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٢٥- ورثة الضامن يستفيدون من الاستئناف المرفوع من ورثة المدين عن الحكم الابتدائي فمتى ثبت في استئنافهم أن الدين المطالب به وفي من مال المدين امتنع الرجوع على ورثة الضامن .

(الطعن ٥٧ لسنة ١٩ق – جلسة ١٩٥١/٤/٥)

٢٦- إذا تعاقد الشريك المتضامن غير المدير باسم الشركة مع الغير في غير أغراضها فإن تعاقده وإن لم يكن ملزماً للشركة إلا انه يلزمه شخصياً قبل الغير الذي تعاقد معه . وعلى ذلك فإذا كان الحكم قد قرر

مسئولية ذلك الشريك شخصياً عن كفالة عقدها منتحلاً فيها صفة غير صحيحة وهى أنه مدير للشركة حالة كونه غير مدير لها وليس من أغراض الشركة ضمان الغير فإن الحكم يكون قد أصاب فى القانون .

(الطعن ٢٢ لسنة ٢٣ق - جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ س٨ ص٦٢٥)

٢٧- حق الدائن فى الرجوع على الكفلاء المتضامنين غير مقيد بأى قيد . فإذا كان الحكم قد انتهى إلى أن الشريك المتضامن قد أخطأ فى الكفالة التى عقدها مع الغير باخفائه حقيقة صفته فى النيابة عن الشركة ورتب على ذلك أن هذا الغير أصابه ضرر هو حرمانه من تضامن الشركة - التى ادعى الشريك أنه يمثلها - مع المدين فى الوفاء بالدين فإنه لا يؤثر فى تحقق هذا الضرر القول بملاءة المدين أو الضامنين الآخرين . ولا يقبل من الشريك المذكور أن يدفع مسئوليته بالقول بوجود ضمان أخرين مسئولين لأن مسئوليته مردها الخطأ التدليسى .

(الطعن ٢٢ لسنة ٢٣ق - جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ س٨ ص٦٢٥)

٢٨- إذا اتفق المدين مع ضامنه فى الدين على أن يقوم الضامن بوفاء مبلغ الدين للدائن ثم اتخذ الأخير اجراءات الحجز العقارى ضد مدينه ولم يكن ذلك نتيجة تقصير الضامن فى الوفاء بما التزم به قبل المدين بل كان تنفيذاً لحكم صادر ضد هذا الأخير عن دين خاص به وتنفيذاً للحكم الآخر الصادر ضد المدين وضامنه عن الدين المضمون - وسواء أكان تصرف الدائن على هذا الوجه سليمًا فى ذاته أو لم يكن كذلك - فإن هذا التصرف لا يرتب حقًا للمدين قبل الضامن طالما أن اجراءات الحجز العقارى لم تتخذ بسبب تقصير هذا الضامن فى الوفاء بالتزامه ومادام من الثابت قطعًا أن بعض الدين الذى كان الدائن يطلب البيع من أجله هو دين خاص بالمدين وحده . ولا يغير من هذا النظر ولا ينال منه القول بأن الضامن كان متفقاً مع الدائن على شراء أطيان المدين عند عرضها للبيع إذ ليس ثمة ما يمنع من هذا الاتفاق وشأن الضامن فيه كشأن غيره من الراغبين فى الشراء .

(الطعن ٢٩٤ لسنة ٢٣ق - جلسة ١٩٥٧/١٠/٣١ س٨ ص٧٦٣)

٢٩- متى كان الحكم الابتدائي قد انتهى فى أسبابه إلى تقرير جواز رجوع الكفيل على المدين المفلس بما أداه من ديون لدائنيه وقضى فى منطوقه بندب خبير لبيان المبلغ الذى استفاده المدين مما أداه كفيله عنه فإن الحكم بذلك يكون قد قضى قضاء قطعيًا فى أصل الحق المتنازع عليه وهو حق الرجوع وأنهى النزاع بين الطرفين فى هذا الخصوص وحصر الخصومة بعد ذلك فى بيان المبلغ الذى استفاده المدين المكفول مما أداه عنه الكفيل . وهذا الحكم القطعى يجوز الطعن فيه على استقلال وفقًا لنص المادة ٣٧٨ مرافعات فإذا لم يستأنفه المحكوم عليه ومضى ميعاد استئنافه اكتسب قوة الشئ المحكوم فيه .

(الطعن ٢٨١ لسنة ٢٣ق - جلسة ١٩٥٨/٢/٦ س٩ ص١٢٠)

٣٠- الكفيل المتضامن وإن كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادى والتى لا تتفق أساسًا مع فكرة التضامن ، إلا أنه يظل ملتزمًا التزامًا تابعًا يتحدد نطاقه - طبقًا للقواعد العامة - بموضوع الالتزام الأصلى فى الوقت الذى عقدت فيه الكفالة .

(الطعن ٤٣١ لسنة ٣١ق - جلسة ١٩٦٦/٤/٥ س١٧ ص٧٩٧)

٣١- يلتزم الكفيل بتقديم الدليل على القدر الذى قبضه الدائن من الدين حتى يمكن خصمه منه . ولا على المحكمة إن هى لم تلزم الدائن بتقديم هذا الدليل .

(الطعن ٣٢ لسنة ٣٤ق - جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ س١٨ ص١٧٢٠)

٣٢- الحكم الذى يصدر على الكفيل المتضامن لا يعتبر حجة على المدين إذا لم يكن مختصًا فى الدعوى وذلك سواء فى القانون المدنى الملغى أو فى القانون القائم فقد استقر قضاء محكمة النقض فى ظل القانون الملغى على أن حكم المادة ١١٠ منه الذى يقضى بأن مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه بالدين بسريانه على باقى المدينين ، هذا الحكم لا يسرى إلا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض ولا يجوز أن يسوى فى حكمه عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مدينًا أصليًا بل يبقى التزامه تبعيًا . أما القانون القائم

فقد نص في المادة ٢٩٦ منه على أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ومقتضى ذلك أنه حتى فيما بين المدينين المتضامنين أنفسهم لا يعتبر الحكم الصادر ضد أحدهم حجة على باقيهم ومن باب أولى لا يكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين .

(الطعن ٦٤ لسنة ٣٣ق - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢، س١٩ ص٣٢٧)

٣٣- للمدين في حالة رجوع الكفيل عليه بدعوى الحلول القانوني أن يتمسك في مواجهة الكفيل بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن ومن ذلك الدفع بالتقادم الثلاثي المقرر في المادة ١٧٢ من القانون المدني القائم لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ومن ثم للمطعون ضده (التابع) أن يتمسك قبل الطاعنة (المتبوع) بهذا التقادم متى انقض على علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه ثلاث سنوات من تاريخ العمل بالقانون المدني القائم الذي استحدث هذا التقادم دون أن يرفع المضرور عليه الدعوى بطلب التعويض وعلى أساس أن رفعه الدعوى على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة للتابع كما لا يعتبر الحكم الذي يصدر في تلك الدعوى حجة عليه إذا لم يختصم فيها .

(الطعن ٦٤ لسنة ٣٣ق - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ س١٩ ص٣٢٧)

٣٤- إذ تمسك المطعون ضده «الكفيل» بحكم المادة ٧٨٤ من القانون المدني وطلب براءة ذمته من دين الضريبة لأن الطاعن وهو الدائن قد أضاع بتقصيره التأمين الخاص المقرر لهذه الضريبة وهو حق الامتياز المنصوص عليه بالمادة ٢٧ من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبنية والمقررة على المباني قبل ازالتها وعلى الأنقاض بعد هدمها ، وكان مفاد المادة ٢٧ سالفة الذكر أن للحكومة حق امتياز خاص بين الضريبة على المباني فإن الحكم المطعون فيه إذ رتب على أن الطاعن «الدائن» هو الذي تسبب بخطئه في ضياع هذا الضمان الخاص المقرر بحكم القانون لدين الضريبة ، أن ذمة الكفيل - المطعون ضده - تبرأ بقدر ما أضاع الدائن من هذه الضمانات ، فإنه لا يكون قد

خالف حكم المادة ٧٨٤ من القانون المدنى ، ولا محل لما يثيره الطاعن من أن تأخيره فى المطالبة بالضريبة لا يترتب عليه إلا مجرد اضعاف الضمان العام المقرر له على أموال مدينه وهو ما نصت عليه المادة ٧٨٥ من القانون المدنى لأنها لا تنطبق على واقعة الدعوى .

٣٥- إذ يعتبر الضرر متوافراً - فى حالة المادة ٧٨٤ من القانون المدنى - بمجرد اضاعة تأمين خاص دون أن يستبدل به تأمين آخر لا يقل عنه فى قيمته فلا على الحكم المطعون فيه إن هو لم يستعرض هذا الضرر أو الدليل عليه بعد أن أوضح أن البلدية «الدائن» هو الذى أضاع الامتياز الخاص المقرر بالمادة ٢٧ من قانون الضريبة العقارية وذلك باهمال عمالها فى تحصيل الضريبة عن هذه المبانى وفى المحافظة على حق الامتياز الخاص المقرر عليها لدين الضريبة .

(الطعن ٧٨ لسنة ٣٥ق - جلسة ١٩٦٩/٦/٢٤ س٢٠ ص١٠٥٠)

٣٦- إذا كان الطاعن باعتباره شريكاً فى شركة التضامن يسأل فى أمواله الخاصة عن كافة ديونها بالتضامن مع بقية الشركاء عملاً بالمادة ٢٢ من قانون التجارة ، فإنه بموجب عقد فتح الاعتماد الرسمى المضمون برهن عقارى - والمبرم بين الشركة المطعون عليها باعتبارها مرتهنة وبين الطاعن بصفته الشخصية باعتباره كفيلاً متضامناً وراهناً وبين شركة التضامن - سالف الذكر - والمنفذ بمقتضاه إنما يجمع بين صفة المدين باعتباره شريكاً متضامناً فى شركة التضامن الممثلة فى العقد ، وبين صفة الكفيل المتضامن باعتباره راهناً حتى ولو كان الدين محل التنفيذ ثابتاً فى ذمة شركة التضامن وحدها .

(الطعن ٢٥٧ لسنة ٣٦ق - جلسة ١٩٧٦/١/١٩ س٢٢ ص٥٢)

٣٧- الكفالة فى عقد فتح الاعتماد ، لا تضمن إلا التزامات العميل الناشئة من تنفيذ هذا العقد وحده ، ولا تمتد إلى الالتزامات التى تنشأ فى ذمته قبل فتح الاعتماد أو بعده أو مخالفة لشروطه .

(الطعن ٢٠٨ لسنة ٣٧ق - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ س٢٣ ص٢٦٨)

٣٨- إذا كان الحكم المطعون فيه لم يستظهر أن العقد الذى كفله

الكفيل قد أجاز لأى من الدائن أو المدين اجراء تمويل لديون من اعتمادات أخرى إلى ذلك العقد المكفول . ولم تستجب المحكمة إلى ما تمسك به الكفيل من الزام الدائن بتقديم حساب بالمبالغ التى سحبها المدين من الاعتماد المكفول أو ندب خبير لبيان ذلك ، فإن الحكم يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب .

(الطعن ٢٠٨ لسنة ٣٧ق - جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ س٢٣ ص٢٦٨)

٣٩- لا يقبل من ورثة الكفيل قولهم انهم عدلوا عن كفالة مورثهم للريع المطالب به باعتباره ديناً مستقلاً ، لأن الثابت من الحكم المطعون فيه ، أن هذا الدين كان قد نشأ واستحق قبل رفع الدعوى به ، بما ينفى عن كفالته ، انها عن دين مستقبل وقت ذلك العدول .

(الطعن ٣٢٣ لسنة ٣٧ق - جلسة ١٩٧٢/٥/٩ س٢٣ ص٨١٩)

٤٠- كفالة المدين وإن كانت تجوز بغير علمه ورغم معارضته ، إلا أن التزام الكفيل يظل بحسب الأصل - تابعاً للالتزام الأصلى ، فلا يقوم إلا بقيامه ، ويكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن يتمسك قبل الدائن بكافة الدفوع المتعلقة بالدين .

(الطعن ٣٢٧ لسنة ٣٨ق - جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٨ س٢٣ ص١٤٨٧)

٤١- لئن كان تحرير احتجاج عدم الدفع شرطًا للرجوع على مظهرى الورقة التجارية وضمانهم فإنه لا يعتبر كذلك بالنسبة للرجوع على المدين الأصلى وضامنه الاحتياطى . وإذ كان الطاعن قد استند فى نعيه إلى المادة ١٦٩ من قانون التجارة وهى على ما هو ظاهر من نصها خاصة بسقوط حق حامل الورقة التجارية فى الرجوع على المظهرين وضمانهم الاحتياطيين إذا أهمل الواجبات المنصوص عليها فيها ، فلا وجه تبعًا لذلك لتمسك الطاعن وهو كفيل متضامن مع المدين الأصلى بتطبيق تلك المادة .

(الطعن ٥٦ لسنة ٣٩ق - جلسة ١٩٧٤/٦/١٦ س٢٥ ص١٠٨٢)

٤٢- التزام الكفيل - متضامنًا كان أو غير متضامن - هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلى ، وذلك على خلاف المدين المتضامن

مـع مـدينين آخرين ، فـإنه يلتزم التزاماً أصلياً مـع سائر المدينين .
(الطعن ٦٩٠ لسنة ٤٠ق - جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ س٢٧ ص٦٣٧)

٤٣- إذا عين الكفيل فى الالتـزام المسـتـقبل مـدة الكفـالة فـإنه يكو ضـامناً لما ينشأ فى ذمة المدين من التـزامـات خـلال هذه المدة بشـرط آ، تجاوز هذه الالتزامات الحد الأقصى المتفق على كفالته .
(الطعن ٣١ لسنة ٤٢ق - جلسة ١٩٧٦/٦/١٤ س٢٧ ص١٣٤٥)

٤٤- مـسـئولية مـالك السـيـارة التى أحدثت الضـرر هى مـسـئولية المتبـوع عن أعمـال تابعـه قـائد السـيـارة ومؤداها أن يكـون مـالك السـيـارة كفيلاً متضـامناً لقائد السيارة فى أداء التعويض الذى يحكم به عليه .
(الطعن ٥٠٢ لسنة ٤٤ق - جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤ س٢٨ ص١٧٩٨)

٤٥- النص فى المادتين ١/١٧٤ و١٧٥ من القـانون المدنى يدل على أن مسئولية المتبوع عن أعمـال تابعه غير المشروعة هى مسئولية تبـعية مـقـررة بحكم القـانون لمصلحـة المضـرور تقـوم علـى فكرة الضـمـان القـانونى فـالمتبـوع يعـتبـر فى حكم الكفيل المتضـامن كـفـالة مـصـدرها القانون وليس العقد ، ومن ثم فإن للمـتبوع الحق فى الرجوع على تابعه مـحـدث الضـرر بما يفى به من تعـويض للـمـضـرور لا علـى أسـاس أنه مسئول معه بل لأنه مسئول عنه .
(الطعن ٦٥٧ لسنة ٤٢ق - جلسة ١٩٧٨/٥/٨ س٢٩ ص١١٨٠)

٤٦- مـؤدى نص المادة ٢١٢ من قـانـون المرافـعـات أن المشـرع وضـع قـاعدة مـفـادها عـدم جواز الطعـن على اسـتـقـلال فى الأحكام التى تصـدر أثناء سـيـر الدعوى ولا تنتـهى بهـا الخـصـومـة برمـتـها سـواء كـانت تلك الأحكام قطعية حسمت جزءاً من الخصـومة أو احكاماً متعلقة بالإثبات ، واسـتـثنى المشـروع مـن هذه القـاعدة الأحكام الوقـتـيـة والمسـتـعـجلة والصــادرة بـوقف الدعـوى وكـذلك الأحكام التـى تصــدر فى شـق من الدعـوى متى كانت قابلـة للتنفيذ الجبـرى ، ورائـد المشـروع فـى ذلك - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضـاحية - هـو الرغبة فى منع تقطيع أوصـال الدعـوى الواحـدة وتوزيعـهـا بين مـخـتلف المحـاكم مع مـا يـترتب

على ذلك أحياناً من تعويق الفصل فيها ، لما كان ذلك ، وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن البنك - الطاعن - أقام الدعوى بالزام الشركة - المطعون ضدهما الأولى - بصفتها مدينة أصلية بندب خبير لتحديد دين البنك قبلها وفقاً للأسس المبينة فى الحكم وقضى بالنسبة للكفيل المتضامن بالغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى قبله ، فإن الحكم المطعون فيه لم ينه الخصومة برمتها المرددة فيما بين البنك الطاعن من جانب والشركة المطعون ضدها الأولى بصفتها مدينة أصلية ومورث المطعون ضدهم ثانيًا بصفته كفيلاً متضامناً من جانب آخر كما أنه لا يندرج تحت نطاق الحالات المستثناة فى المادة ٢١٢ من قانون المرافعات سالفة البيان مادام لم يسبق تنفيذ الحكم الابتدائى تنفيذاً معجلاً كما قرر بذلك الحاضر عن البنك الطاعن فى جلسة المرافعة ، فإن الطعن بالنقض فى الحكم المطعون فيه يكون غير جائز .

(الطعن ٨٦٠ لسنة ٤٣ق - جلسة ١٩٨٠/٢/١٨ س٣١ ص٥٣٤)

٤٧- التزام الكفيل - متضامناً أو غير متضامن - يعتبر التزاماً تابعًا لالتزام المدين الأصلى ، فلا يسوغ النظر فى اعمال أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل البت فى التزام المدين الأصلى .

(الطعن ١٧١٧ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٩٨٤/١/٤ س٣٥ ص١٣٤)

(الطعن ٨٦٠ لسنة ٤٣ق - جلسة ١٩٨٠/٢/١٨ س٣١ ص٥٣٤)

٤٨- المتبوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن للتابع كفالة مصدرها القانون مما يترتب عليه أنه إذا تعدد المتبوعون كانوا متضامنين فيما بينهم عملاً بالمادة ٧٩٥ من القانون المدنى .

(الطعن ٥٢٢ لسنة ٤٥ق - جلسة ١٩٨٣/١/١٣ س٣٤ ص٢٠٢)

٤٩- مفاد الفقرة الأولى من المادة ٧٨٨ من القانون المدنى أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين متى تمسك الكفيل بذلك ولم يكن متضامناً مع الدين .

(الطعن ٥٩٧ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٩٨٣/١٢/٨)

٥٠- إذا كان البين من أوراق الطعن أن الشركة المطعون ضدها قد أسست دعواها قبل اللجنة الطاعنة على أن هذه الأخيرة قد ضمنت أعضاءها فيما تفتحه لهم الشركة من حسابات وأن هذه اللجنة تمسكت لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بعدم قبول الدعوى لعدم سبق مطالبة المدينين الأصليين قبل مطالبتها هى وحدها بوصفها كفيلاً لهم وهو دفاع جوهرى يتغير به - إن صح - وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ أورد هذا الدفاع فى مدوناته دون الرد عليه مكتفيًا بالاحالة إلى أسباب الحكم المستأنف الذى لم يعرض له ، يكون معيبًا بالقصور المبطل .

(الطعن ٥٩٧ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٩٨٣/١٢/٨)

٥١- المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون ، وهى مسئولية تبعية لا تنشأ فى ذمته إلا حيث تتحقق مسئولية التابع عن عمله غير المشروع ومن ثم كان الأساس المشترك بين مسئولية التابع ومسئولية المتبوع هو خطأ التابع فإذا انتفى هذا الخطأ اختفت بالضرورة مسئولية المتبوع .

(الطعن ٨٧١ لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٤/٥/٢٠)

٥٢- إذ كان مؤدى نص المادة ٧٩٥ من القانون المدنى أنه فى الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائمًا متضامنين ومن ثم فإن الكفيل القانونى يكون بنص القانون متضامنًا مع المدين والكفيل القانونى هو الذى يلتزم المدين بتقديمه نفاذًا للنصوص القانونية ومتى قدم المدين لدائنه هذا الكفيل ، فإن هذا الكفيل القانونى يكون متضامنًا مع المدين .

(الطعن ٢٣٧ لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٤/٢/١٦)

(الطعن ٢٠٧٧ لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٤/٦/٧)

٥٣- إذ كانت جمهورية مصر العربية قد وافقت بمقتضى القانون رقم ١٩٩ لسنة ١٩٥٦ المنشور بالوقائع المصرية فى ١٩٥٦/٥/٦ عدد ٣٦ مكرر ج على الاتفاقية الدولية الخاصة بالاستيراد المؤقت للسيارات الموقع عليها فى نيويورك فى ١٩٥٤/٦/٤ وبذا صارت هذه الاتفاقية تشريعًا نافذًا فى مصر يطبق على المنازعات الخاضعة لها بوصفها

قانونيًا داخليًا كما هو الحال بالنسبة لسائر المعاهدات الدولية التى تمت الموافقة عليها ، وإذ نصت تلك الاتفاقية فى المواد ١٠ ، ١٣ ، ١٨ ، ٢١ ، ٢٣ على أن تجديد تراخيص الاستيراد المؤقت يكون بناء على طلب تتقدم به الهيئة الضامنة للترخيص الأمر الذى مفاده أن صاحب الترخيص ملزم بتقديم وكيل أسمته الاتفاقية بالهيئة الضامنة وألزمت نصوص تلك الاتفاقية هذه الهيئة الضامنة بالتزامات عديدة منها ما نصت عليه المادة ٢٧ من وجوب تقديم الدليل على اعادة تصدير المركبات أو الأجزاء المكونة لها خلال سنة من تاريخ اخطارها بعدم الوفاء بشرط تراخيص الاستيراد وإلا التزمت بايداع رسوم وضرائب الاستيراد الواجب أدائها وذلك بصفة مؤقتة ويصير الايداع نهائيًا بعد سنة من تاريخه ، لما كان ذلك فإن الضمان الذى قدمه المطعون ضده لطالب الترخيص بشأن بقاء السيارة التى استوردها الأخيرة لمدة عام يعد كفالة قانونية مصدرها نصوص الاتفاقية سالفة الذكر والتى توجب تقديم هيئة ضامنة . ومن ثم يكون المطعون ضده كفيلاً متضامنًا بحكم القانون نفاذًا لنص المادة ٧٥٩ مدنى .

(الطعن ٢٠٧٧ لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٤/٦/٧)
(الطعن ٢٣٧ لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٤/٢/٦)

٥٤- من المقرر أن مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانونى ، فيعتبر المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ، ومن ثم فإذا أوفى المتبوع التعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه المسئول عنه وليس العقد ، ومن ثم فإذا أوفى المتبوع التعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولاً معه وهو ما جرى به نص المادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر . لم يقصد المشرع من النص المذكور - نص المادة ١٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن

للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر . لم يقصد المشرع من النص المذكور - نص المادة ١٧٥ من القانون المدنى أن يستحدث للمتبوع دعوى أخرى يرجع بها على تابعه غير دعوى الحلول المنصوص عليها في المادة ٧٩٩ من القانون المدنى التي هي تطبيق للمادة ٣٢٦ من ذات القانون والتي تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزماً بوفاء الدين عن المدين مما مؤداه أن المتبوع ليس له الرجوع على تابعه إلا بعد الوفاء بالتعويض للمضرور إذ أن مسئولية التابع مقررة بحكم القانون ولا يحتاج إلى تقريره بحكم قضائى بحيث لا يجدى معه إلا الرجوع عليه بما يوفيه فعلاً بحكم مسئوليته عن للمضرور عن التعويض المقضى به .

(الطعن ١٨٧ لسنة ٥٠ق - جلسة ١٩٨٥/١/١)

٥٥- لئن كانت مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور تقوم على فكرة الضمان القانوني ، فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد بحيث إذا أوفى المتبوع بالتعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر في الحدود التي يكون فيها هذا التابع مسئولاً عن تعويض هذه الضرر وذلك إعمالاً لحكم المادة ١٧٥ من القانون المدنى مثلما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئول معه ، إلا أن للتابع في حالة الرجوع عليه من متبوعه أن يتمسك في مواجهته ليس فقط بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المضرور بل أيضاً بما قد يكون لديه من دفوع قبل هذا المتبوع .

(الطعن ٩٠٢ لسنة ٥١ق - جلسة ١٩٨٦/٦/١٩)

٥٦ مكرر- وحيث أن الطعن أقيم على سببين تنعى الطاعنة بالوجه الأول من أولهما على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون إذ أطرح ما تمسكت به من عدم جواز مطالبة المدين الأصلى بالدين المطالب به إلا

من خلال المدعى الاشتراكى طبقًا لحكم المادة ٢٠ من القانون رقم ٣٤ سنة ١٩٧١ فى حين أن لها ككفيلة للمدين الأصلى أن تتمسك بجميع الأوجه التى يجوز للمدين الاحتجاج بها طبقًا لنص المادة ٧٨٢ من القانون المدنى .

٥٧- إن هذا النعى فى غير محله ، ذلك أن الكفيل المتضامن يعتبر بوجه عام فى حكم المدين المتضامن من حيث جواز مطالبة الدائن له وحده بكل الدين دون التزام بالرجوع أولاً على المدين الأصلى أو حتى مجرد اختصامه فى دعواه بمطالبة ذلك الكفيل بكل المدين . لما كان ذلك وكان الثابت فى الدعوى أن الطاعنة كفيلة متضامنة للمدين الأصلى ... وقد استعمل البنك المطعون ضده حقه القانونى كدائن فى مطالبة الطاعنة وحدها بالدين المكفول وملحقاته التى لم يرد فى شأنها اتفاق خاص ، وكان الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه لم ير موجباً لطلب الطاعنة ادخال المدعى الاشتراكى الذى أجابته محكمة القيم إلى طلبه فرض الحراسة على المدين الأصلى ... طبقًا للقانون رقم ٣٤ لسنة ٧١ بتنظيم الحراسة وتأمين سلامة الشعب ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون .

(الطعن ٢٦٠ لسنة ٥٦ق - جلسة ١٩٨٩/٥/٢٩)

٥٨ مكرر(أ) - التزام الكفيل متضامناً أو غير متضامن - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلى فلا يقوم إلا بقيامه إذ لا يسوغ النظر فى اعمال أحكام الكفالة فى التزام الكفيل قبل البت فى التزام المدين الأصلى ، وللكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن بما يستطيع المدين أن يتمسك به اعمالاً لنص المادتين ١/٣٨٢ ، ٧٩٤ من القانون المدنى ، فكل ما يؤثر فى الالتزام الأصلى يؤثر فى التزام الكفيل .

(الطعن ٤٧٤٦ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٢/٦/٧)

تم الكتاب بعون من الله وتوفيقه وفضله

اهم المراجع

١- الوسيط ١ - طبعة ١ - للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري .

٢- الوسيط ١٠ - طبعة ١٩٩٧ - للدكتور السنهوري والمستشار مصطفى الفقي .

٣- الوجيز - للدكتور السنهوري والمستشار مصطفى الفقي - طبعة ١٩٩٤ .

٤- في النظرية العامة للالتزام - للدكتور اسماعيل غانم - طبعة ١٩٦٧.

٥- الوجيز في نظرية الالتزام - للأستاذ عبد المنعم حسني .

٦- دروس في الالتزامات - للدكتور فتحي عبد الرحيم - طبعة ١٩٧٩ .

٧- الالتزام - للدكتور حسين النوري .

٨- عقد الكفالة - للدكتور سليمان مرقس - طبعة ٢ .

٩- عقد الكفالة - للدكتور منصور مصطفى منصور - طبعة ١٩٦٠ .

١٠- التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور محمود جمال الدين زكي - طبعة ١٩٧٩ .

١١- التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور محمد على امام - طبعة ١٩٥٦ .

١٢- التأمينات الشخصية والعينية - للدكتور عبد الودود يحيى - طبعة ١٩٨٥ .

١٣- (عدا رسائل ، وأبحاث ، ومقالات أشير إلى كل منها في موضعه من هذا الكتاب) .

فهـــرس

رقم الايداع بدار الكتب
١٩٩٨/١٧١٤٧
الترقيم الدولى
I.S.B.N.
977-5160-62-6